

J. rom. m.

165

m

J. rom. M.

165^m

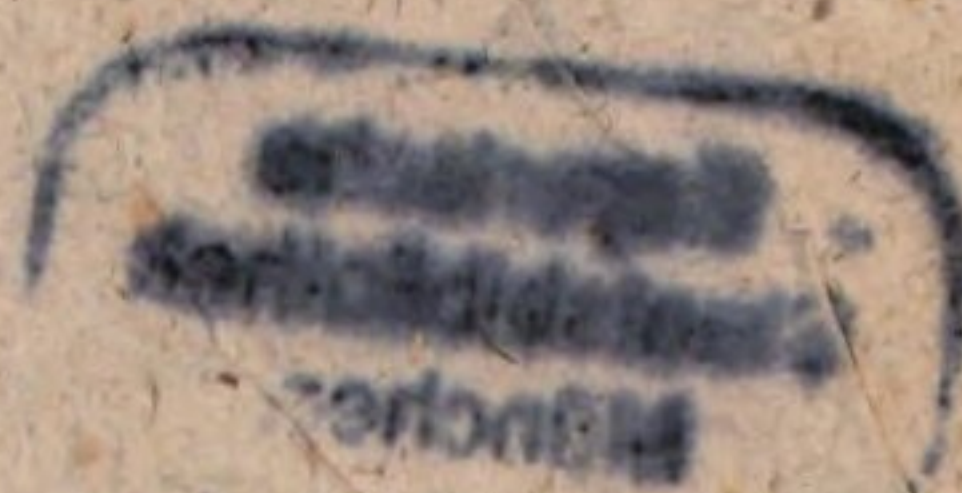
Theorie
des
Würderungseydes.

Eine
gekrönte Preisschrift.

S. m.
cuique suum.

Von
F. K. L. Drummer,
der Philosophie und der Rechte Doctor.

Bamberg und Würzburg,
bey Joseph Anton Göbhardt.
1806.



E i n l e i t u n g.

Ein Fragment aus der Philosophie des Rechts.

§. 1.

In Roms glücklicheren Zeiten legte der Bürger seinen Eyd „beym Wohle des Cäsars,, ab. — Auch für Teutschland war eine Periode, in welcher der teutsche Mann, im innigsten Gefühle seines Werthes durch den einfachen Schwur „bey seiner Ehre,, seiner Aussage Gewissheit verschaffte. — Und der ausdrücklichen Bestimmung unserer Reichsgesetze gemäß müssen die Reichsgerichte den Schwur des männlich standhaften Memnonisten „bey Mannenwort,, als gültigen Bürgen der Wahrheit anerkennen. — Dessen allen ungeachtet erhält sich bey uns das Ansehen einer, zur äusseren Macht emporgehobenen Kirche, vermöge dessen selbst da, wo es „einzig dem Rechte,, gilt, bey den Mysterien der Religion geschworen werden muß.

Aber mit dieser Verwirrung konnte es auch nicht fehlen, daß Staat und Kirche an Würde gleich verloren, und so verloren, daß, vielleicht nicht selten! mit höhnischem Lächeln dem Richter der Meineyd — als Siegel der Wahrheit — vorgelegt wird.

§. 2.

So mußte es in unseren Tagen kommen, daß die ersten Väter des Naturrechts „Kant,, und „Fichte,, in strenger und einhelliger Consequenz sich gegen eine solche Einrichtung erklären, ihr Inconsequenz und Ungerechtigkeit vorwerfen, und jeden, insbesondere aber den vom Richter gefoderten, Eyd geächtet verlangen.

„Inconsequent, raifoniren sie beyde, muß derjenige Gesetzgeber seyn, der nach seinem Principe (dem Rechtsgefetze) zur Erforschung der Wahrheit einen religiösen Act, wie der Eydschwur ist, in die Sphäre des Rechts aufnimmt. — Ungerecht ist er, weil er hiemit einerseits dem Schwörenden auch gebieten muß, an Gott zu glauben, um schwören zu können; andererseits aber auch den Gegentheil zwingt, seine Rechte von der Religion des Schwörenden abhängen zu lassen. — Sey es auch, daß ohne den Schwur für manches Versprechen keine

Bürgschaft mehr übrig ist, und dafs ohne ihn vielleicht am öftersten die Rechte der streitenden Theile als problematisch entlassen werden müssen; ist denn darum, dafs diese Gewissensfolter ein taugliches Mittel ist, daselbe ein gerechtes? — oder welcher Gesetzgeber möchte wohl, nach des Pöbels Weise, die Realisirung der Gerechtigkeit durch Realisirung der Ungerechtigkeit unterstützen?

§. 5.

Dieses Raifonnement mufs so lange unwiderlegt bleiben, so lange die Rechtslehrer darauf beharren, den Eyd für ihre Gesetzgebung, oder Wissenschaft, aufserhalb ihrer Sphäre von der Sittlichkeit und Religion zu erbetteln! — Darum sey es wenigstens für einen Versuch erlaubt, denselben einzig als einen Rechtsact zu begreifen. —

§. 4.

Vermöge des Eydes soll eine ungewisse, und zwar Rechte bestimmende Aussage dadurch Wahrheit vor Gericht erhalten, dafs sie in eine andre Urwahrheit eingeknüpft wird; wie dies schon alle Formen des Eydes „so wahr . . . so wahr,, . . . unverkennbar aussprechen. — Dem-

nach müßte das Wesen dieser Urwahrheit von der Art seyn:

- a) dafs sie von jedem über Rechtsverhältnisse sprechenden Subjecte als Urwahrheit erkannt und anerkannt werde.
- b) Sie mufs als Princip in subjective Wahrheiten so einfließen, dafs die letztern als Folgen zu objectiven juridischen Wahrheiten gestempelt werden.
- c) Und zwar müssen insbesondrer solche Aussagen ihren Stempel erhalten, welche dahin tendiren, Rechte und Rechtspflichten zu reguliren.

§. 5.

Es bedarf aber in der That nichts weiter, als die angegebenen Momente aufmerksam aufzufassen, um die gefoderte Urwahrheit selbst anzuschauen. Sie kann nach Allen keine andere seyn, als die in jeder Person sich ausprechende „Idee der Gerechtigkeit.“ -- Jene Idee, die uns die Römer schon als den ewigen Willen erklärten, dessen Wesen einzig als Liebe der freyen Wirkfamkeit aller, in ihrer eignen Sphäre, sich offenbaret. *

* Oder sollte der Römer wirklich den sinnigeren Satz der Stoa: „Justitia est perpetua voluntas, suum cuique tribuendi,“ den er doch an die Spitze aller sei-

Denn von dieser Urwahrheit -- der Urseele des gegliederten Ganzen der Menschheit -- ist, und muß jedes Glied belebet, und durch dieses Leben in ihr auch von ihr erzeugt seyn. -- Wollte das Individuum auch nicht im edlen und freyen Sinne, wie für sich, so für die andern dieser Idee sich ergeben, so ist es doch gezwungen, sie als das Heiligste zu verehren, um seines eignen Bestehens willen. -- Denn sie läugnen, heist, sich vom Oeffentlichen ausschliessen, heist, sich als Sache erklären. Von der Idee der Gerechtigkeit kann sich die Gesetzgebung nimmermehr trennen; sie ist und bleibt die ewige, positive, Bedingung des Bestehens des Universalstaates der Menschheit, in ihr liegt die Möglichkeit der Würde jedes Individuums -- die Möglichkeit seines Weltbürgerrechtes.

Eben so gewiß ist es auch ferner, daß jedes Subject, welches dieser Idee theilhaftig, und wirklich von jenem ewigen Willen der Gerechtigkeit belebt ist, nicht anders seine Privataussagen aussprechen kann, als so, wie dieselben für die wahren Rechtsverhältnisse entscheidend,

ner Fragmente setzt, nicht mehr als Ausdruck dessen erkannt haben, von dem alle individuelle Persönlichkeit ausfließend -- doch in ihm und durch ihn in der Trennung festgehalten -- in ihm also vereint, und zum großen Ganzen -- der Menschheit -- gegliedert wird ??? -- --

und folglich selbst wahr find ; dasselbe kann, ohne sich in seinem Innersten zu widersprechen, nicht lügen. -- Oder wäre nicht in der Lüge auch schon der Wille, für das Recht zu sprechen, verläugnet? -- Das Wesen der Gerechtigkeit ist also auch von der Art, dass sie in die subjective Aussage einzufließen, und als Princip ihr Wahrheit zu verleihen vermag. --

Endlich was die Sphäre dieser Idee betrifft, so bedarf es doch wohl keiner Analysis, um gewiss darüber zu seyn, dass dieselbe nicht weiter und nicht enger als einzig auf Rechtsverhältnisse, und deren Bestimmung sich einschließt. -- -- Die Idee der Gerechtigkeit, und ihre Unsterblichkeit ist es somit, die in allen Nationen, selbst in jenen, die, nach Kant's Bemerkung, an andere Götter nicht glauben, die Gültigkeit des Eydschwurs in ihrer Unsterblichkeit erhält.

§. 6.

Wollte man noch entgegnen, dass man doch nicht im einzelnen Subjecte erkennen könne, ob dasselbe in diesem oder jenem bestimmten Falle von dieser Idee belebt sey, indem es doch auch vielleicht nicht selten ungerecht handelt, so bemerke man wohl, dass freylich die Reinheit dieses höheren Sinnes im Concreten nicht erkannt,

aber immer und in jedem Subjecte anerkannt werden muß; und man bedenke, daß im Beweisen der Wahrheit vor Gericht nie vom Erkennen, sondern einzig vom Anerkennen die Sprache seyn könne. —

§. 7.

Also: Man lasse den Bürger wieder „bey seiner Ehre,, schwören! Man fodre von ihm den Eyd: „So wahr mir Gerechtigkeit das Heiligste ist, und so wahr ich als Mitglied des Oeffentlichen die Erhaltung der Rechte Aller, so wie der meinigen wollen muß,, so wahr ist diese . . . Aussage! — So nur kann, und muß der Eyd zur Wahrheit binden, — so muß der Vorwurf einer Inconsequenz und Ungerechtigkeit von dem Gesetzgeber abprellen, und der Tadel verstummen, durch Fetisch und Aberglauben in einer eitlen Furcht vor einer überirdischen Macht das Gewissen des noch Besseren gefoltert zu haben; und schwer genug muß sich, selbst dem consequentesten Materialisten, der über ihn ausgesprochene Fluch ans Herz legen: „dem Staate für immer als Sache zu gelten,,.

§. 8.

Unmögliches aber noch wäre ein Vorwurf von Seite irgend einer Kirche. Denn keine kann

fodern, daß auf den Altären des Staates, nur die ihr heilige Schrift zum Schrecken der übrigen Mitkirchen liege; aber alle müssen wollen, daß dort einzig das Buch der Gerechtigkeit verehret werde. -- Und keiner noch vermag durch die sich festere Einschließung des Staates in seine Sphäre "der Gerechtigkeit,, auch die Kirche sich in die ihrige „der Heiligkeit,, zurückzuziehen; und so nur wird sie die Lehre des Stifters jener göttlich schönen Religion befolgen, der da sagt: "Euer Reich ist nicht von dieser Welt,,.

G r u n d r i s s
der
Theorie des Würdigungseydes.

§. 9.

Geleitet von dem wahren Principe, daß nur strenge Realisirung der richterlichen Urtheile das Wesen und die Würde einer Jurisdiction begründe, untersuchte die römische Gesetzgebung mit sehr reger Aufmerksamkeit die verschiedenen Arten des Ungehorsams, um für jede derselben das wahre Gegengewicht zu berechnen. — Sie foderte bekanntlich nach verschiedenen Verhältnissen verschiedene Arten der Sicherheitsleistungen; und da, wo diese nicht zureichten, wußte sie den Richter durch andre Verfügungen und Institute in den Stand zu setzen, daß er seine Ausprüche und Entscheidungen geltend machen konnte. —

Unter diesen erhält nun die Anordnung des Würdigungseydes die vorzüglichste Stelle.

Am empfindlichsten kann nämlich der Beklagte seinen Gegner dadurch schikaniren, daß er selbst dann, wenn ihn schon das Urtheil des Richters zur Herausgabe eines streitigen Objectes verpflichtet, entweder durch Arglist, oder durch eine in die Peripherie der Arglist eingreifende Nachlässigkeit — culpa lata genannt — sich in den Stand bringt, in welchem ihm die gebotene Herausgabe der Sache unmöglich ist.

Um nun diese allergefährlichste Art des Ungehorsams zu elidiren, gestattet der Richter dem Kläger das Recht, die ihm zuerkannte Sache selbst zu schätzen, und verdammt dagegen den Schuldigen, für die herauszugebende Sache jenen Preis zu bezahlen, den ihm sein Gegentheil taxiret hat. — Sehr deutlich drückt sich hierüber Marcell aus in den Worten: „cum contumacia punienda sit, arbitrio potius domini rei pretium aestimandum,“ . *

Hiemit ist zwar nun freylich die Arglist des Schuldigen gefesselt, aber in demselben Grade, in welchem dieser gebunden ist, hat auch die Willkühr des Klägers an Ungebundenheit, und

* Fr. 8. D. de in litem jurando. — 12. — 3.

hiemit an der Möglichkeit gewonnen, die Schranken des Rechts zu überschreiten. — Nicht mehr der Arglistige, aber der Berechtigte kann Unrecht ausüben.

Auch die Willkühr des Berechtigten muß folglich nach des Rechts Gleichgewicht gebunden werden, und dafür entbietet sich das Wesen des Eydschwures. — Daher spricht der Römer: „Tanti condemnabitur reus, quanti actor iuraverit in litem,,

Dies die Genesis des Würderungseydes. —

Nach dieser Genesis trennet sich unsere Theorie in zwey Haupttheile. Der erste muß sich mit der Deduction der Natur und der Grenzen des Rechts befassen, daß dem Kläger in und durch die Würderung zugestanden wird. — Der zweyte kann sich erst mit der besonderen Natur jenes Eydes unterhalten, dessen Zweck es ist, jenes Würderungsrecht des Klägers zu authorisiren. — An diese reinen Theile muß sich noch die Lehre der Bedingungen der Anwendbarkeit des Würderungseydes anschließen; so also, daß sich das Ganze in den drey Theilen, Deduction 1) des Würderungsrechtes — 2) der besonderen Natur des Eydes der Würderung, und 3) der Bedingungen der Zulässigkeit des Würderungseydes — erschöpft. —

Diese Grundzüge erst mögen uns leiten, das römische Urbild in allen seinen wesentlichen Puncten so klar anzuschauen, als uns daselbe Ulpian schon in Migniaturn mit den Worten vorzeichnete: "Qui restituere jussus, judici non paret, contendens, non posse restituere . . . siquidem dolo fecerit, quominus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est,,. *

* Fr. 68. D. de rei Vindicatione. (6. 1.)

I.

D e d u c t i o n
des
W ü r d e r u n g s r e c h t e s.

§. 10.

Nächster Grund des Würderungseydes.

In der Deduction eines Rechtes kömmt es vor allen auf eine genaue Fixirung seines Grundes, nachher aber darauf an, wie und warum aus diesem Grunde gerade diese Natur, und diese Grenzen des Rechts als Folgen fließen müssen; darum wirft sich als erste Frage diese heraus:

“Welches ist der nächste und einzige Grund, aus welchem dem Kläger das Recht zugestanden werden muß, seinen Schaden gegen den Schuldigen selbst zu würdern?“

Nach dieser Frage schon gründet sich das Recht des Klägers, so wie die correspondirende Pflicht des Beklagten in einem dem letztern von dem ersten zugefügten Schaden. Der Rechtsgrund wäre also eine Verletzung. — Aber nicht jede Verletzung begründet die besondere Befugniss des Klägers, in eigener Person, und ungebunden von richterlicher Erkenntniss, seinen Schaden einzuschätzen. — Also ist wohl Verletzung überhaupt der entfernte, eine spezifische Verletzung dagegen nächster Rechtsgrund. — Nun specificiren die Gesetze nicht selten diese Verletzung in der klaren Hypothesis: “cum dolus aut contumacia restituentis puni-enda,, : — oder “qui restituere iussus, judici non paret,, : — oder “qui restituere non vult,, — und da wäre denn zweifelsohne Ungchorfam in der Restitution die gesuchte spezifische Verletzung. —

Aber diese gesetzliche Hypothesis ist noch in verschiedenen Formen so ausgesprochen, dafs nothwendig der Verdacht entstehet, ob auch die Gesetze völlig consequent nur für einen Grund dieselbe Folge, oder ob sie für dieselbe Folge wohl gar verschiedene Gründe bestimmen? — So scheint nämlich schon Paulus einen Ungehorsam, und eine Arglist in der Restitution zu unterscheiden; indem er sagt: “cum dolus aut contumacia restituentis vel non exhibentis puni-

enda,,. -- Und sehr oft finden wir unsern Vorderatz so ausgesprochen: "Siquis dolo desit possidere, quin rem ipsam possit restituere,,. --

Allein was fürs erste die scheinbare Disjunction zwischen Ungehorsam und Arglist in der Restitution betrifft, so ist doch diese Arglist so genau bestimmt, das sich ihre Identität mit Ungehorsam ein für allemal nicht verkennen läßt. -- Oder wer möchte wohl die Sätze: der Beklagte will nicht restituiren, oder: er restituiret arglistig nicht -- oder: er ist ungehorsam; -- wer möchte diese Sätze als identische Urtheile bezweifeln.

In Rücksicht der zweyten Form: "Qui dolo desit possidere etc.,, brauche ich in der That nur auf den bekannten Grundsatz der römischen Gesetzgebung zu verweisen: "Qui dolo desit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.,, -- Nach diesem Principe springt doch deutlich in die Augen, das auch die beyden Sätze, "dolo desit possidere, ut restituere non possit,, -- und "dolo restituere non vult,, -- sich, durchaus identificiren. -- Und was kann denn auch dem Kläger an der zufälligen Form liegen, ob ihn der Schuldige dadurch, das er nun geradehin nicht restituiret, oder dadurch, das er sich die Restitution im Voraus unmöglich macht, verletzt? --

Nach allen dem bleibt es also ausgemachte Wahrheit, dafs die Gefetze einzig den Ungehorsam in der Restitution als positiven Grund des Würderungsrechtes statuiren. -- Und so sehen wir uns denn in völliger Uebereinstimmung mit dem schon in dem ersten Fragmente unseres Titels ausgesprochenen Principe: "Ex contumacia aestimatur ultra rei pretium,,. --

§. 11.

Falsche Ansicht der Rechtsgelehrten über diesen Rechtsgrund des Würderungsrechtes.

Es ist nicht zu läugnen, dafs die Gefetze mit allem Nachdrucke darauf beharren, dafs nur Arglist, oder die höchste Schuld -- culpa lata -- zum Würderungseyd berechtigen -- "sed ob dolum solum, sind die oft wiederholten gesetzlichen Worte, in litem juratur -- non etiam ob culpam,, -- Auch hatte die Gesetzgebung für die Foderung dieses Requisites ihren guten Grund; denn für sie war es einmal Grundsatz, dafs derjenige, der aus blofser Schuld aufser Besitz kam, oder nicht restituiret, nicht als Ungehorsamer betrachtet werden könne. -- So sagt schon eine Regel des römischen Rechts: "Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit., *

Indef-

* Fr. 199. D. de diversis Regulis juris.

Indessen hatte gerade die Heftigkeit der Forderung einer Arglist in der Restitution die traurige Folge, daß von keinem der Rechtsgelehrten der Centralpunct „Ungehorsam“, scharf genug ins Auge gefaßt, von einigen aber ganz übersehen wurde. Die schiefe Haltung ihrer Theorien, oder die gänzliche Verwirrung derselben in Widersprüche wurde auch das nothwendige Resultat. — Bloss um die Wahrheit, und beyläufig auch das practische Interesse dieser Ansicht noch heller zu zeigen, wähle ich mir einen der neuesten und vortrefflichsten Lehrer des Pandectenrechts „Thibaut“, zur Critik. *

Dieser Rechtsgelehrte sagt: „Wenn jemand eine unerlaubte That arglistig, oder culpa lata begehet, so kann der Verletzte das Mafs und die Existenz des ihm zugefügten Schadens auf eignes Verlangen durch seinen Eyd geradezu bestimmen.“ — Bey Herrn Thibaut käme es also weder auf die verletzende Handlung, noch auf Ungehorsam an; genug, wenn ich verletzt bin; und durch Arglist verletzt bin. — Nun so setzen wir nur einen Fall, der aber für alle sprechen muß; setzen wir, der Kläger sey durch Arglist seines Gegners so verletzt worden, daß er die Klage aus Arglist selbst (actionem de dolo)

* System des Pandectenrechts von A. F. J. Thibaut, Jena, 1803. B. I. S. 454.

anstellen müßte; der Beklagte hat die herauszugebende Sache nicht mehr; und es kömmt zum Schadenerfatze. Muß hier der Kläger geradehin zur Würderung, und (accessorisch zum Würderungseyde) gelassen werden? —

Nach Herrn Thibauts Ansichten allerdings. Denn seine Bedingungen — Verletzung — Arglist — sind alle vorhanden. — Auch stimmen ihm die angesehensten Rechtslehrer bey. So drückt sich der berühmte Schmidt * also aus: „Im Verweigerungsfalle, oder wo die Abtretung nicht geschehen kann, haftet der Beklagte wegen des Interesse, und muß der Kläger deshalb zum Würderungseyd gelassen werden.“

Aber wie? Wäre denn wirklich der Incidentpunct zu übersehen, ob sich der arglistig Verletzende nur durch Nachlässigkeit, oder selbst wieder durch Arglist außer Stand gesetzt hat, die Sache herauszugeben? — Vernehme man doch die gesetzliche Entscheidung selbst: „*Arbitrio judicis in hac quoque actione — ex dolo — restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est.*“ — So im Allgemeinen. — Nun heißt es ferner: „*Ideo*

* J. L. Schmidts practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden — mit Zusätzen v. A. D. Weber. J. 1803, S. 900. S. 1293.

autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit., * Wie nachdrücklich erkläret sich dieses Gesetz darüber, dafs es auch in der Klage aus Arglist nicht anders, als in dem Falle eines eingetretenen Ungehorsams die Würderung dem Kläger gestatten wolle! --

Schon dieser einzige für die Wissenschaft, so wie für die Praxis interessante Fall giebt uns Aufschluß, wie gefährlich Thibauts Regel für die Subsumtion ist. Er selbst mußte bereits auf einige Fälle in dem Gesetzbuche stoßen, die, obgleich unter seine Regel fallend, doch den Würderungseyd nicht zulassen. -- Er erklärt sich darüber durch ein nicht genugsam Begründetes „wenige Fälle ausgenommen., -- Allein jene Fälle alle sind keine Ausnahmen; denn sie gehören gar nicht unter das Princip, und nur so viele Ausnahmen werden sich vorfinden müssen, um so viel nämlich die aufgestellte Regel zu weit ist. -- Um wie viel sie zu weit ist, sprechen scharf genug die beyden Worte aus: „Ungehorsam., -- „in der Herausgabe.,. Ganz deutlich umschreibet sie Ulpian in jener Stelle, die dem Grundrisse als Urbild unterliegt: „Qui restituere jussus, judici non paret, contendens, non posse re-

* Fr. 18. pr. §. 1. D. de dolo malo.

stituire, siquidem dolo fecit, quo minus possit,
is . . . condemnandus est., -- --

Nun zur zweyten Frage.

§. 12.

Warum muß des Beklagten Ungehorsam in der Herausgabe dem Kläger das Recht der Würderung bewirken?

Ungehorsam in der Herausgabe ist, wie bewiesen wurde, diejenige Verletzung, aus welcher als dem nächsten Grunde die Verhältnisse im Würderungseyde ihre Bestimmung erhalten. Nun sind in jeder Rechtsverletzung die Qualität derselben (ihre Natur) und Quantität, Gröfse der Verletzung, sorgsam aus einander zu halten; -- aus jener wird sich die Qualität der bewirkten Rechtsverhältnisse, aus der zweyten, der Gröfse der Verletzung nämlich, werden sich die Grenzen der Verhältnisse entwickeln lassen.

Zuforderst also von der Qualität dieser Verletzung.

Die Verletzung "Ungehorsam in der Restitution," qualificiret sich in zweyen Rücksichten.
a) In Betreff der richterlichen Gewalt ist seine Tendenz, Elision der Rechtskraft eines richterlichen Urtheils, und damit Erhaltung eines pro-

blematischen Rechtszustands. -- b) In Rücksicht des Klägers will er den letzteren, obwohl schon Berechtigten, doch in den Zustand bringen, das Seinige veräußern zu müssen, und zwar so veräußern zu müssen, daß es nicht seinem Gutdünken, wie im freyen Verkaufe, sondern dem Gutdünken des Richters zukommen soll, eine Taxe festzusetzen.

Nach diesen beyden Rücksichten also muß der Richter so in die Tendenz des Ungehorsams eingreifen, daß der Erfolg gerade das Gegentheil des erzielten Unrechts nach beyden Richtungen herauswerfe. -- Es muß ein zweytes Rechtsverhältniß hervortreten, in welchem Kläger so in seinem Rechte, und Beklagter so in seiner Pflicht constituirt ist, wie sie constituiret wären, wenn Ungehorsam gar nicht gewirket hätte.

Ganz in diesem Geiste deduciret uns Ulpian die Nothwendigkeit des Würderungseydes bey dem Interdicte: "quod vi aut clam,,. Seine Prämissen sind: "Officio autem judicis ita oportere fieri restitutionem, judicandum est, ut in omni causa eadem sit conditio actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset,,. * Also der Kläger soll in jenem Zustande erscheinen, in welchem er sich befände, wenn er im

* Fr. 15. §. 7. D, Quod vi aut clam. (40. 24.)

Besitze des Seinigen wäre. -- Im Gegentheile fährt Ulpian fort: "Eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset,, * --

Allein wie gelinget dem Richter dieser Effect? -- Auf die einfachste Weise. Er läßt beyde Theile in dem Verhältnisse der freyen Veräußerung erscheinen; der Beklagte, wenn er auch die Sache noch hat, mag sie behalten, als hätte er sie gekauft, der Kläger dagegen muß das Recht erhalten, wie im freyen Verkaufe, so auch hier den Preis des Seinigen zu bestimmen. Ihm muß das Recht gegeben werden, ungebunden vom richterlichen Urtheile seine Sache zu schätzen; das heißt, dem Kläger *muß* das *Recht der Würderung* zugesichert werden. -- Wirklich legen uns auch einige Fragmente der römischen Gesetzgebung die Hauptmomente dieser Construction ganz deutlich vor Augen. So sagt Paulus: "actor (qui in litem juravit) transegisse cum possessore, et decidisse videtur certo pretio, quod ipse constituit,, -- und aus diesem Grunde zieht er auch das Resultat: "Ejus rei, quae tanti aestimata est, quanti in litem juravit actor, dominium statim ad possessorem pertinet,, -- Und derselbe Paulus ist es, der an einem andern Orte also raisoniret: Sabi-

* Fr. 15. §. 10. ibid.

nus ait, si mulier res, quas amoverit, non red-
dat, aestimari debere, quanti in litem vir iura-
set. Non enim aequum erit, invitum suo pretio
res vendere. * Das Allerwesentlichste in dem
Institute des Würderungseydes ist demnach das
Recht des Klägers, seine Sache zu würdern. —
Daher suchten auch die Römer solches mit allem
Nachdrucke herauszuheben. — Wenn sie den
kürzern Ausdruck „quantum actor in litem iura-
verit,, auseinander setzen wollen, so sprechen
sie zuerst von dem Würderungsrechte, sodann
erst lassen sie accessorisch den Eyd der Würde-
rung folgen. — So Marzell in den Worten:
“cum contumacia punienda sit, arbitrio potius
domini rei pretium statuendum, potestate peti-
tori in litem jurandi concessa,,. ** —

Auch durch Umschreibung streben die Ge-
setze dieses Recht, das heist, die ungebundene
Willkür des Klägers heller zu zeichnen. Man
betrachte nur Ulpian's Worte: “Quantum adver-
sarius in litem, sine ulla taxatione, in infinitum
juraverit,,. *** —

Selbst durch Befolgung des Grundsatzes:
“opposita juxta se posita magis illucescunt,, wif-

* Fr. 8. §. 1. — Fr. 9. D. Rerum amotarum, Fr. 70.
D. d. R. V.

** Fr. 68. D. d. R. V.

*** Fr. 2. §. 1. h. t.

fen die Gesetzgeber allenthalben das Würdungsrecht des Klägers dadurch zu erklären, daß sie dasselbe der richterlichen Schätzung entgegenstellen. So heist es schon im zweyten Fragmente dieses Titels: "Interdum, quod interfit actoris, solum aestimatur (a iudice) veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur; cum vero dolus, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quantum in litem juraverit actor. —

Und warum soll sich denn nicht auch die Nachlässigkeit des Beklagten zur Zulässigkeit des Würdungs-eydes qualificiren? —

Dies ergibt sich ganz klar aus der vorgelegten Construction. — Denn nach dieser soll das Recht der Würdigung auf Seite des Klägers das Gegengewicht seyn, gegen die Tendenz des Ungehorsams auf Seite des Beklagten. Die Nachlässigkeit aber hat keine Tendenz; sie verletzt, ohne zur Verletzung zu streben. Wer möchte nun dem Unthätigen ein Gegengewicht seiner Thätigkeit anordnen? — Darum muß hier die Forderung des Klägers — nicht als Recht — sondern als Klage erscheinen; darum muß der Kläger seinen Anschlag des Preises dem Richter liquidiren, und darum ist es eigentlich der Richter, der den Werth der Sache des

Klägers einschätzt. -- So allein erklärt es sich, warum die Gesetze sagen: "Ex culpa autem non esse iusjurandum deferendum, constat; sed aestimationem a iudice faciendam,,".

§. 15.

Ueber die verschiedenen Mafsstäbe der Würderung im Allgemeinen.

Die Bestimmung des Preises, der als Aequivalent des erlittenen Verlustes gelten soll, hängt freylich zunächst davon ab, was denn eigentlich der Beklagte zu restituiren habe. -- Nun aber ist der Beklagte, gegen den der Würderungseyd als zulässig erkannt werden kann, immer ein Besitzer vom bösen Glauben; folglich bleibt es auch keinem Zweifel unterworfen, dafs gegen ihn nicht nur die Sache selbst, sondern auch ihre Früchte alle, die hängenden nämlich, die gezogenen und zu ziehenden in Anschlag gebracht werden können. --

Aber nicht das zu schätzende Object allein ist es, was den Werth einer Sache determiniret; denn auch dasselbe Object unter die verschiednen Mafsstäbe der Schätzung gebracht, giebt uns doch verschiedne Grade des Preises. -- Und gerade ist es in unserer Lehre der schwierigste und bestrittenste Punct: "Darf in der Würderung nur der gemeine Mafstab des Marktprei-

fes, oder der des Interesse, oder gar der der Affection angelegt werden?,, --

Indessen scheint mir die Quelle aller dieser Schwierigkeiten darin zu liegen, dafs unsere Begriffe über die verschiednen Arten der Mafsstäbe zu unbestimmt und zu verworren blieben. Schon der würdige Thibaut klagt sowohl in der Theorie vom Schadenerfatze, als in der Lehre des Würderungseydes über die Ungleichheit unserer neueren Terminologie. -- Möchte folgender Versuch einer festeren Bestimmung der Begriffe seinen hierüber ausgedrückten Wunsch befriedigen. --

Der letzte Grund des Werthes von einem Objecte ist immer ein Bedürfnis für dasselbe. Dieses Bedürfnis ist eben darum der Antecedens in jenem Verhältnisse, dessen Consequenz das Object, und der Exponent der Werth seyn mufs. -- Dieses Bedürfnis offenbaret sich nun entweder als Bedürfnis der Seele, "Sehnen des Geistes zum geliebten Gegenstande,,; oder es ist Bedürfnis des Körpers, "Streben zur Consumtion des Objectes,,. Der Werth wird folglich entweder durch Affection oder Brauchbarkeit bestimmt; und ist somit entweder Affections oder Tauschwerth.

Mit sehr reinem Sinne schieden die Römer diese primitiven, aber auch zu ganz entgegen-

gesetzten Sphären gehörigen Mafsstäbe in folgender Stelle: “Mancipium, quod non pretio, sed affectu fit aestimandum animo potius, quam aliorum computatione. * Der Römer spricht hier von einem Gute, das die werthen Gräber der geliebten Ahnen in sich fafst.

Erst der durch Brauchbarkeit — Consumtibilität — der Waaren bestimmte Werth, also der Tauschwerth theilet sich wieder nach zwey verschiedenen Mafsstäben. — Entweder betrachtet man nämlich das Object an sich, also ohne auf die individuellen Verhältnisse eines Subjectes Rücksicht zu nehmen; oder der Werth eines Objectes wird gerade nur an dem individuellen Bedürfnisse eines Subjectes gemessen. Im ersten Falle wird somit das Object blos an einem gemeinen Bedürfnisse, an dem Bedürfnisse des Marktes gemessen; der Preis desselben ist daher auch nur ein gemeiner — “Marktpreis., — Im zweyten Falle aber sind es die individuellen Bedürfnisse für eine Sache, also das Interesse für dieselbe, an denen der Preis bestimmt wird. Daher wird auch dieser Preis das Interesse genannt. —

Auch der Römer setzt immerhin den Marktpreis dem Interesse entgegen. Man nehme seine Erklärung über den Marktpreis: “Haec verba,

* Fr. 36. de Bonis libertorum.

quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur,,. *
 Und sie deutet evident dahin, dafs hier die Sache nur an sich, nicht aber in Beziehung auf die besondern Verhältnisse einer Person geschätzt werden dürfe. — Man halte nun auch dieser Stelle noch folgende entgegen, in der er insbesondere seinen Begriff vom Interesse entfaltet: “Sed utrum corpus (fervi) solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? — Et hoc jure utimur, ut ejus, quod interest, fiat,,. — Und dieses “quod interest,, beschreibt er in dem darauffolgenden Fragmente: — Utilitas venit in hoc judicium. — Item, fährt er fort: causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex Comoedis, aut Symphoniâcis, aut Gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum, vel unam occiderit. — Non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et ejus ratio haberi debet, quo coetera corpora depretiata sunt. ** — Ganz genau ist doch hier der Preis des Interesse als derjenige bestimmt, den eine Sache nach den besondern Verhältnissen eines Individuums — und folglich nach den individuellen Bedürfnissen desselben hat.

* Fr. 193. D. de Verb. Sign.

** Fr. 22. 23. D. ad Legem Aquil.

Aus diesem allen wird sich die Nothwendigkeit ergeben, die drey verschiednen Mafsstäbe der Schätzung -- 1) Affection, -- 2) Interesse -- und 3) gemeines (Markt) Bedürfnis -- für unsere Theorie so genau auseinander zu halten, als sie der Römer in einfacher und wahrer Stufenfolge da auseinander hielt, wo er sich im Aquilischen Gesetze also ausdrückt: *Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum, non ex affectione -- nec vtilitate singulorum, -- sed communiter fungi. -- **

§. 14.

1) Ist in der Würderung der Mafsstab der Affection zulässig?

Es ist allgemeiner Glaube aller Rechtsgelehrten, die sich über den Würderungseyd herausliessen; es sey eben charakteristisches Merkmal desselben, dafs gerade der Affectionswerth des Klägers als Object dieser Eydesart gelte; -- Aber mehr als Glaube kann in der That diese Annahme nicht seyn. -- Denn ausdrücklich ist es, auch nicht in *einem* Gesetze, bestimmt, dafs der Kläger seine Affection würdern dürfe; und allenthalben steht klar geschrieben, *ut juret actor, quod sua interfuit. *** -- Es käme sonach, um

* Fr. 33. D. ad Leg. Aquil.

** Fr. 2. 3. 10. D. h. t. -- Fr. 68. D. de R. V. -- Fr. 7. pr. D. de admin. et peric. tut.

hierüber etwas wissen zu können, blos darauf an, daß aus einem wahren Principe die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Maßstabes der Affection erwiesen würde.

Wollte man von dem allgemeinen Grundsätze ausgehen: die Würderung tendire dahin, das Aequivalent eines zu ersetzenden Schadens abzuwiegen; so müßte man auch für das Würdungsrecht das allgemeine Princip des Römers gelten lassen: "Im Schadenerfatze darf von Affection nie die Sprache seyn,,. * -- Sehr elegant demonstret uns dies Paulus in den Worten: "Nec enim, qui filium naturalem possidet, tanti locupletior est, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuisset; sed nec ille, qui filium naturalem possidet, tantum habet, quantum eum patri vendere potest.

Indessen wollen nun einmal die Rechtsgelehrten diesen allgemeinen Grundsatz im Würderungseyde nicht gelten lassen. -- Ich ergreife also noch einmal das dem letzteren besondere Princip. -- Es ist derselbe Paulus, von dem wir so eben sprachen, der uns oben den eignen Grundsatz des Würdungsrechtes so darstellte: "Non enim aequum est, invitum suo pretio rem vendere,,. Der Kläger soll also ganz in der Qualität eines freyen Verkäufers erscheinen. --

* Fr. 33. D. ad L. Aquil. — Fr. 63. D. ad L. Falcidiam.

Allein einem verständigen Verkäufer möchte es wohl nicht in den Sinn kommen, nach seiner Affection den Preis seiner Waaren für einen Käufer dieser Welt bestimmen zu wollen; so wenig also als im Kaufe und Verkaufe, eben so wenig kann im Würdungsrechte Affection als Maßstab gebraucht werden. * —

Zu diesem kömmt, daß doch die Gesetze meinen, der Richter könne eine bestimmte Gröfse des Werthes dem Kläger vorlegen, innerhalb der der Kläger erst würdern dürfe, "*sed judex praefinire certam summam potest, usque ad quam juratur,*". ** Nun ist Affection, an welcher doch diese Summe präfiniret werden müßte, etwas absolut Subjectives, und folglich von der Natur, daß sie sich rücksichtlich desselben Objectes

* Am heftigsten scheint dagegen Fr. 54. D. Mandat. vel contra (17. 1.) zu sprechen mit den Worten: "*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam,*". — Allein auch hier ist von einem Preise die Rede, den der Herr "*ut venditor,*" erhält. — Im Verkaufe kann nie der Affect zur Sache mit dem Affecte zum Gelde (!) sondern nur Brauchbarkeit der ersteren mit der Brauchbarkeit des letzteren ins Verhältniß gebracht werden. Affectus ist also hier "*Interesse.*" —

** Fr. 5. §. 1. D. h. t. — Fr. 4. §. 1. ibid. — Fr. 18. D. de dolo malo etc.

boy verschiedenen Subjecten in verschiedene Grenzen, ja sogar ins Unendliche erstrecken kann; wie, und wornach könnte denn da der Richter seine Fundamentalgröfse berichtigen?

Zwar wollen einige da noch Rath wissen, dafs sie dem Richter zu seinem Richtmafsse einen „gravem atque constantem virum,, empfehlen. — Allein wo, und wie wären denn diese schweren Männer zu treffen, deren Affection sich nach Münze bemessen liefse? — Doch ich erinnere mich so eben jener Behauptung eines englischen Parlamentsmitgliedes: „Auch die Tugend hat einen Preis, für welchen sie sich hingiebt,,. — Also zu einem solchen Manne wären unsere Richter hinzuweisen? — Bleibt man daher gleich bey dem Grundsatze stehen, der Kläger steht im Würdungsrechte zu dem Beklagten in dem Verhältnisse des gemeinen Verkäufers zum Käufer, so gelanget man ohne weitere Umwege zu dem Folgesatze:

§. 15.

2) Der gemeine Mafsstab der Würd-
ung ist „Interesse,,.

Denn jetzt bedarf es nur eines Blikes in das primitive Gesetz alles Tausches, oder Verkaufes, um ganz gewifs zu seyn, dafs keiner der Tauschenden das Seinige hingiebt, wenn er dafür nicht eine

eine andere Waare oder einen Geldpreis erhält, der ihm nach seinen individuellen Bedürfnissen dasselbe leistet, was ihm seine Sache selbst leistete. -- Setzen wir; der nach dem Bedürfnisse der Gemeinde (das heisst, nach dem Markte) bestimmte Preis sey $= m$; so hat die Sache auch für den Eigenthümer den Preis $= m$. -- Nun aber hat auch dieselbe nebst diesem allgemeinen Werth auch für die individuellen Bedürfnisse noch einen individuellen Werth; er sey $= n$, so ist es doch von selbst klar, dass der verständige Verkäufer nicht bloß den Preis $= m$, sondern $= m + n$ fordern wird.

Dass auch der Römer so calculirte, darüber giebt uns eine in dem Interdicte "quod vi aut clam,, von Ulpian durchgeführte Construction des Würdigungseydes klaren Aufschluss. "Hoc interdicto, heisst es allda, tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse., -- Und nun das Princip über Interesse -- Officio autem judicis ita oportere fieri restitutionem, judicandum est, ut in omni causa eadem sit conditio actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset. * -- Dieses Princip nun angewendet, raisonniret der Gesetzgeber weiter: "Ergo non nunquam dominii ratio habenda est, ut puta si propter hoc opus, quod factum est etc., -- Nach dieser

* Fr. 15. §. 7. D. quod vi aut clam.

klaren Bestimmung des Interesse endlich schliesset das Gesetz: "Sed, quod interfuit aut per iurandum etc., --

Um jedoch dem Tadel auszuweichen, als hätte ich dieses wichtigere Moment blofs aus einem besonderen Falle ins Allgemeine gehoben, so erlaube man hierüber noch einen besonderen Blick in den eigenen Geist der römischen Gesetzgebung.

Das Princip, nach welchem der römische Richter die Zulässigkeit des Würderungseydes sowohl, als auch eines besonderen Mafsstabes der Würderung zu beurtheilen hatte, war die Natur der angestellten Klage; und zwar insbesondere die Eigenschaft derselben, ob sie eine "actio bonae fidei,, oder "stricti juris,, war. Sehr auszeichnend deutet dies Ulpian in der Fortsetzung unseres interessantesten Fragmentes an, wo er sagt: "Haec sententia (de iuramento in litem dicta) generalis est, et ad omnia five interdicta, five actiones in rem, five in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet. * -- Also: die Klage selbst ist in Rücksicht ihres Grundes, so wie in Rücksicht dessen, ob ein dingliches, oder persönliches Recht, oder blofser Besitz, oder gar nur Stellung des Objectes vor Gericht "exhibere,, gefodert werde, ganz indifferent; aber darauf soll es ankommen, ob sich dieselbe unter jene Klagen zäh-

* Fr. cit. 68. D. d. R. V.

len lasse, “ex quibus arbitrato judicis quid restituitur,,. -- Noch einmal bekräftigen dieß unsere Gesetze, in dem Titel “de in litem jurando, wo es ausdrücklich heist:,, in actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonae fidei judiciis in litem juratur. * --

Klare Folge hieraus wird: dafs der Kläger für seine Würdigung dasselbe Richtmafs anlegen darf, welches der Richter angelegt hätte, wäre diesem die Beurtheilung des zu ersetzenden Aequivalentes überlassen. Nun sagt man: das Richtmafs des Richters in den actionibus bonae fidei sey “Billigkeit,,. Allein was ist denn “Billigkeit?,, -- Sie kann nichts anders seyn, als Gleichheit des wechselseitigen Interesse der Parteyen. Folglich ist auch der richtige Mafsstab des Klägers kein andrer, als der des Interesse. --

§. 16.

3) Ueber den Gebrauch des Mafsstabes des Marktpreises.

Der Römer hatte nur in jenen Klagen Interesse als den wahren Mafsstab anerkannt, in denen sogenannte Billigkeit sein leitendes Princip war. -- Aber eben daher mußte er auch in allen jenen Klagen, die dieß Princip aus besondren

* Fr. 5. pr. D. h. t.

Gründen ausschloßen, auch den Mafsstab des Interesse ausschließen. — In dieser Art Klagen griff er nicht allenfalls wieder zu dem, rechtlich sowohl, als phyfisch unmöglichen Mafsstab der Affection, sondern der Werth der Sache an sich, also der Marktpreis wurde als Regulativ angeordnet. — Diefs war nämlich der Fall

1) In den Klagen des strengen Rechtes. In dieser Art der Klagen wollte der Römer fürs erste den Würderungseyd nur als eine Ausnahme dulden. “In actionibus in rem, laute feine Regel, et in bonae fidei judiciis juratur in litem., Und nun fährt er fort: “Plane interdum et in actione stricti juris in litem jurandum est; veluti si promissor stichi moram fecerit, et stichus decesserit, quia judex sine relatione jurisjurandi aestimare non potest rem, quae non extat., * — Reflectiren wir nun in dieser Stelle auf den zulässigen Mafsstab der Schätzung, so ist der Ausdruck, judex aestimare non potest rem, quae non extat, offenbar identisch mit dem, “judex aestimare non potest, quanti res est, quae non extat., — Und wollten wir auch diefs “quanti res est, interpretiren, so können wir ohne Widerspruch mit dem Begriffe der Klagen des strengen Rechtes nicht sagen: “id est, quanti adversarii interfuit.,

* Fr. 5. §. 4. D. h. tr

Wohl aber fallen die Gesetze da, wo sie sich in den actionibus bonae fidei mit einem „*quanti res est*“, herauslassen, mit einer Aengstlichkeit ein, „*id est: quanti adversarii interfuit*.“ * — Nicht anders verhält es sich

2) mit jenen Klagen, in welchen der Römer das Vielfache (*duplum, triplum etc.*) der Sache als Aequivalent des zu ersetzenden Schadens statuirte. — Denn in ihnen ersetzte schon das Vielfache des reellen Preises den Preis des Interesse vollkommen. Daher die Verordnung des Justinians: „*Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus etc. . . . hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere.*“, — Angewendet ist dieser Grundsatz selbst in dem Titel des Würderungseydes, und zwar angewendet für die auf das Vielfache gehende Klage des Diebstahls. „*Cum furti agitur, sagt das Fragment 9, jurari ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit.*“, — Was aber dieses „*tanti rem fuisse*“, heißen soll, darüber giebt sowohl das erst angeführte Princip, als auch selbst der Context vollkommen Aufschluss. In dem unmittelbar vorhergehenden Fragmente legt das Gesetz folgende Frage vor: „*Quaero, utrum quanti res est, an quanti in litem juraverit actor, aestiman-*

* Fr. 5. §. 4. D. h. t.

dum.,, Der Gesetzgeber ist also im Gegensatze des reellen Preises und des Interesse befangen; und noch in dieser Befangenheit spricht er aus, "jurandum, tantum fuisse.,, – Offenbar ist also nur vom Marktpreise die Rede. —

Ausgemacht wäre es demnach, daß auch der gemeine Mafsstab der Schätzung im Würderungs-eyde zulässig, aber auch ausgemacht ist es, daß diese Zulässigkeit immer nur Ausnahme von der Regel bleibe. Denn die Regel foderte den Mafsstab des Interesse. —

Indessen auch für diese Ausnahme fallen bey uns die Gründe hinweg, und verschwunden sind in unseren Tagen die Klagen des strengen Rechtes, so wie die Klagen auf das Vielfache. —

§. 17.

Reflexion für die Bestimmung der Grenzen des Würderungsrechtes.

Aus der Natur des objectiven Mafstabes des Interesse ist es nun wohl begreiflich, wie die Gesetze sagen können: "In arbitrio esse judicis, modum iurijurando statuere, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur.,, * — Bedenket man noch ferner,

* Fr. 4. §. 2. D. h. t.

dafs es nur dann zum Würderungsrecht kommen kann, wenn dem Richter schon bewiesen ist, was denn eigentlich herausgegeben werden müsse, so ist es eben so begreiflich, dafs die Gesetze den Richter da, wo sie einen besondern Argwohn gegen den Kläger hegen, sogar verpflichten können, den Würdernden an die Grenzen des Interesses zu binden; wie dies die klaren Worte thun: "*Officio judicis debet taxatione iusjurandum refrenari.*", *

Aber stehen dann diese Verordnungen, wenn sie auch an sich möglich sind, nicht in geradem Widerspruche mit dem Würderungsrechte? Nach ihnen soll die Würderung auch dem Richter zustehen; und doch fällt es in den Begriff des Würderungsrechtes, dafs die Schätzung einzig der Willkür des Klägers überlassen seyn müsse, oder, um mich der gesetzlichen Worte selbst zu bedienen, die Bestimmung des Preises soll "*arbitrio judicis*,, und doch auch "*arbitrio actoris*,, überlassen, soll "*taxatione judicis*,, und "*sine ulla taxatione*,, geschehen; der Kläger soll nicht "*in immensum*,, aber er soll "*in infinitum*,, schwören dürfen!!

Diese Widersprüche lassen sich nur dadurch heben, dafs man scharf die Grenzen der Concurrency zweyer Functionen, der des Rich-

* Fr. 18. D. de dolo malo.

ters, und der des Klägers unterscheidet. — Dem Richter nämlich steht es zu, jenen letzten Grad des Preises zu fixiren, jenseits dessen die Schätzung des Klägers gewiß ungerecht wäre, und darum drücket sich das Gesetz aus: “in arbitrio est judicis, iurijurando statuere modum, ut intra certam quantitatem juretur; ne arrepta occasione in immensum juretur.,”^{*} — Oder was dasselbe ist: “judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur.,”

Dagegen liegen innerhalb jenes letzten Grades noch unendliche Grade, deren jeder ohne gewisse Ungerechtigkeit das Aequivalent des Objectes bestimmen kann; und die Fixirung eines von diesen unendlich möglichen Graden ist Function der Willkür des Klägers. —

Wollten wir den unsere Lehre besonders durchgreifenden Verhältnissen des Verkäufers noch einen Blick schenken, so werden sich beyde verschiedene Functionen augenscheinlich darlegen lassen.

Gewiß ist es nämlich, daß bey aller Willkür, die sich im freyen Verkaufe, im Feilschen ausdrückt, doch ein gewisses selbstständiges Gesetz besteht, welches dem Preise der Waare jene bestimmten Grenzen anweist, jenseits deren der Kauf oder Verkauf unverständlich und unrecht abgeschlossen ist; und dieses Gesetz, welches im-

^{*} Fr. 4. §. 2. D. h. t.

mer nach dem Interesse der Contrahenten die letzten gewissen Grenzen des „zu theuer,, oder „zu wohlfeil,, angiebt, dießs Gesetz ist es, das im Würderungsrechte zu bewachen Pflicht des Richters ist.

Dagegen liegt zwischen jenen von dem Gesetze angedeuteten Endepuncten des „zu viel,, und „zu wenig,, noch eine Reihe von Puncten, über die die Parteyen bey ungestörter Freyheit unter sich erst handeln; und eben diese Reihe von Puncten ist es, welche die Sphäre der Willkür des würdernden Klägers constituiret. Die Grenzen dieser Reihe sind folglich die Grenzen des Würderungsrechtes, und das Gesetz dieser Rechtsgrenzen ist das Urgesetz des Verkaufes. --

§. 18.

Resultat für die Eintheilung des Würderungseydes in den „der Affection,, und „der Wahrheit,,

Der wesentlichste und von den Rechtslehrern doch am wenigsten geachtete Theil des Würderungseydes, „das Würderungsrecht,, scheint mir nun bis in sein Innerstes erschöpft zu seyn. -- Seine volle Deduction spricht aber auch das vollkommenste Urtheil über unsere zu richtende Eintheilung, --

Fürs erste nämlich wurde der Mafsstab der Affection als schlechthin unzulässig befunden; das erste Eintheilungsglied „Würderungseyd der Affection,, ist folglich das erste Unding. — Eher hätte man bey einer treuen Anhänglichkeit an das römische Recht die Eintheilung in den Würderungseyd des Interesse, und den der Wahrheit, das heist, des reellen Werthes behaupten können; allein da zureichend bewiesen ist, dafs auch die römische Stütze des Würderungseydes der Wahrheit gefallen ist, so sinket damit auch das zweyte Glied der aufgestellten Eintheilung. — Und wie wunderbar! Gerade das einzige lebendige Glied, „der Würderungseyd des Interesse,, soll nach angegebener Eintheilung des Würderungseydes über der Anschauung der zwey genannten, so ganz hinfälligen Distinctionsglieder sich verlieren! —

Worin mag denn wohl der Blendpunct liegen, welcher dem einen oder dem andern dieser beyden Distinctionsglieder den betäubenden Schein des Lebens geben konnte? — Hierüber werden uns die Rechtsgelehrten selbst, die das Bestehen des einen oder des andern Gliedes vertheidigen, den besten Aufschluß geben können. —

In Betreff des Würderungseydes der Affection ist es vorzüglich Hellfeld, der so-

gar Würderung nach Affection als wesentliches Merkmal in seine Definition aufnimmt, indem er sagt: "juramentum in litem est juramentum, quo actor id, quod sibi ex patrimonio abest, et dolo vel culpa lata adversarii non restituitur, aestimat secundum singulare pretium, quod rei ex sua tribuit affectione., * — Seine Definition will Hellfeld dadurch rechtfertigen, dass er da, wo er in seiner Erläuterung sagt, "in litem aestimatur secundum affectionem jurantis, etiam ultra verum pretium,, das Fragment 1. dieses Titels allegiret. — Am Ende des Fragmentes fand nämlich der Rechtslehrer die Worte: "Ex Contumacia aestimatur ultra rei pretium,,. Nun musste es ihm dünken, das "ultra,, des Preises könne nicht mehr in der Sache, folglich nur in dem Subjectiven der Affection liegen. — Allein in diesem disjunctiven Schlusse ist, wie sich aus dem Obigen ergiebt, gerade das wahre dritte Glied übersprungen. Denn gerade nur an dem Interesse bestimmen sich, nach der Formel " $(m) + n$,, genau die Grenzen des "ultra,,; und eben dies ist unmöglich an der entweder grenzenlosen, oder doch in ihren Grenzen unsichtbaren Affection.

In Betreff des Würderungseydes der Wahrheit, in soferne dies mit dem Gegensatze des

* J. M. Schneidt Jurisprudentia forensis Hellfeldiana.
Wirceburgi 1802. Tom. II. p. 440.

Würderungseydes der Affection behaftet ist, können wir am nächsten bey dem uns schon bekannten Thibaut Aufschluß finden. Er sagt: Der Eyd, welcher im Falle einer Arglist, und einer culpa lata abgeleistet werden kann, heist *juramentum in litem affectionis*; der, welcher wegen geringer Versehen statt findet, *juramentum veritatis*,,. Denn in jenem darf der Kläger sein "singuläres Interesse,, in Anschlag bringen, dagegen darf derselbe im zweyten "nur sein gemeines Interesse,, beschwören.

Aber wie? Setzet hier nicht der Pandectenlehrer singuläres Interesse, und Affection, also zwey ganz heterogene Begriffe, als identisch? Man höre, um sich davon vollkommen zu überzeugen, seine eigne Bestimmungen: "Man kann die Gröfse des Schadens, und das Interesse nach einem doppelten Mafsstabe bestimmen, entweder nach der gemeinen Meynung (dem Marktpreise) oder nach den besondren individuellen Gefühlen (Affectionen des Beschädigten). In jenem Falle nennet man das Interesse das gemeine (*commune*), in diesem das besondere (*singulare*). * — Was insbesondere das *juramentum in litem veritatis* angeht, "welches nur wegen geringer Verbrechen statt findet,,,

* System des Pandectenrechts — Tom. I. S. 251.

darüber lege ich, bis zur genaueren Bestimmung der Natur des Eydes der Würderung, nur ein Gesetz entgegen; es heist: Sed in his omnibus . . . ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; haec enim judex aestimat etc.

* Fr. 5. §. 3. D. h. t.

II.

Deduction der Natur des Eydes der Würderung.

§. 19.

Wie kommen die Rechtsgelehrten dazu,
den Eyd der Würderung als einen
„subfidiarischen,, zu erklären?

Unter allen Arten der Eyde, die im gerichtlichen Verfahren vorkommen, spielet ihrer Würdigkeit wegen die bedeutendste Rolle diejenige, deren Zweck es ist, einen bestrittenen Thatumstand zu beweisen. Die Eminenz dieser Eydesart konnte schon alle Rechtsgelehrten dahin verleiten, daß sie einstimmig erklärten: auch der Zweck des Eydes der Würderung sey Beweis, und zwar Beweis der Gröfse des zu ersetzenden Preises. — Nun mußten sie aber denselben entweder zu den willkürlichen, oder zu den nothwendigen Eyden zählen. Allein als willkürlicher Eyd verläugnete sich der Eyd der Würderung ausdrücklich nach den Worten des Ge-

setzes: "deferre autem hoc iusjurandum iudicem oportet., -- Sollte er dagegen zu den ^{Fun}willkürlichen Eyden gezählet werden, so müßte er entweder ein purgatorischer oder suppletorischer Eyd seyn. -- Als purgatorischer Eyd konnte derselbe nicht gelten; denn da mußte er ja von dem Beklagten abgeschworen werden. Allein die Gesetze wissen nie anders zu sprechen, als "quantum in litem iuraverit actor., -- Eben so wenig will der Eyd der Würderung unter die Rubrique der suppletorischen Eyde passen. Denn alle Rechtsgelehrten sind einig darin, daß der Kläger nicht darum zum Eyde der Würderung gelassen wird, weil er schon durch geführte Beweise den gesetzlichen Grad der Wahrscheinlichkeit begründet hat, sondern daß dem Kläger unmittelbar, und ohne allen Versuch eines Beweises dieser Eyd vom Richter deferiret werden müße. -- Und wirklich wußten diese Unmittelbarkeit schon die gesetzlichen Worte, "quantum in litem iuraverit,, vermöge einer unmittelbaren Ineinanderschmelzung des Eydes, und des Objectes des Eydes sehr elegant auszusprechen.

Diese Sonderbarkeit, den Eyd der Würderung keiner von allen vorhandenen Eydesarten unterstellen zu können, mußte die Rechtslehrer zwingen, denselben als einen subsidiarischen

Eyd zu charakterifiren. -- Nun ift aber fubfidiarifcher Eyd in feiner wahren Bedeutung genommen, derjenige, welcher von den Gefetzen zur Nachhülfe einer bereits bewirkten Wahrfcheinlichkeit zugelaffen wird; er ift fomit in der That nichts anders, als der generifche Ausdruck des purgatorifchen und fuppletorifchen Eydes. So gewifs alfo der Eyd der Würderung unter die beyden das genus conftituirenden Arten nicht gehöret, fo gewifs kann derfelbe auch nicht als generifch fubfidiarifcher Eyd erklärt werden. --

So mußte es alfo kommen, dafs man fogar darauf verfiel, unfern Eyd, als einen Sonderling der beweifenden Eyde, „als einen specififch fubfidiarifchen Eyd auszuzeichnen.

§. 20.

Ift der Eyd der Würderung ein specififch fubfidiarifcher Eyd?

Es ift wohl im Voraus begreiflich, dafs wir uns von nun an in einem Wortftreit einlaffen müffen. Aber es fey! denn auch unbestimmt gelassene Wortstreite haben gewöhnlich Unbestimmtheit der Begriffe, und diese Ungerechtigkeiten in der Subfuntion zur Folge. -- Laffen wir daher den Vertheidigern ihrer besonderen Mey-

Meynungen auch ihre besonderen Begriffe selbst bestimmen.

Als der vorzüglichste Vertheidiger der specifisch subsidiarischen Natur des Eydes der Würderung erscheint "Hellfeld,,. — Er drückt sich darüber so aus: "Damnum dolo vel culpa lata circa restitutionem datum, si aliter aestimari, aut in specie restitui nequeat, in subsidium per juramentum in litem aestimatur secundum affectionem jurantis etiam ultra verum pretium,,. In dem nächst folgenden §. fährt er fort: hinc in eo solum casu locum habet, si aestimatio abunde per testes, arte peritos, vel ex officio haberi nequeat,,. —

Nach dieser Ansicht wäre also subsidiarischer Eyd derjenige, den die Gesetze nur dann und darum zulassen, wenn und weil der Beweisführer die Wahrheit seiner Behauptung durch andere Beweismittel als den Eyd nicht darthun kann; und dieses angewendet auf den Eyd der Würderung, müßte der Grund seiner Zulässigkeit darin gesucht werden, "weil der Kläger den Werth der herauszugebenden Sache anders nicht beweisen kann,,.

Allein abgesehen davon, daß es unbegreiflich seyn möchte, wie denn, "eine bloße Unmöglichkeit, anders zu beweisen,, als ein beson-

derer Grund der Zulässigkeit des Eydes geltend gemacht werden könne; und abgesehen davon, daß es mit diesem Principe der klügeren Bosheit ganz gemächlich seyn würde, auch die Existenz dessen, was nie existirte, durch einen subsidiarischen Eyd zu beweisen; so werden noch folgende aus der Natur des Eydes selbst entlehnte Gründe die Nichtigkeit der Hellfeld'schen Subsidiarität begreiflich machen.

Vor allen hätte schon derselbe Grund, der unseren Rechtsgelchrten überzeugte, daß der Eyd der Würderung kein suppletorischer sey, denselben auch davon überzeugen können, daß er eben so wenig als specifisch subsidiarischer Eyd angenommen werden dürfe. Denn nirgendwo sprechen die Gesetze von demselben als einem dadurch bedingten, „*si aliter probare actor nequeat*,,, und immer ist nur von einer unbedingten richterlichen Eydesdelation die Rede. — Zudem ist Hellfellds Bedingung „*si aliter actor probare nequeat*,,, für Hellfellds Ansicht so gut als keine Bedingung. Denn da er zur Bestimmung der Gröfse des Werthes Affection festsetzte; Affection aber nie bewiesen, und nie vom Richter angeschaut werden kann, so war es ihm entschieden überflüssig, von diesem Falle nur zu sprechen; und es war ein Pleonasmus, die Unzulässigkeit des Eydes der Würderung durch das

“Wenn,, des unmöglichen Gegentheils zu bedingen.

Doch nach unserer Ansicht wäre der Fall möglich, daß der Kläger die Gröfse seines Interesses beweisen, oder sogar der Richter die vielleicht wegen einer dolosen Befestigung nicht mehr zu restituirende Sache einsehen und schätzen könnte. Und da fragt es sich: Dürfte wohl der Richter dem Kläger die Befugnifs der Würdigung vorenthalten, somit den letztern vom Eyde der Würdigung ausschliessen? — Nimmermehr. Denn der Richter ist nie befugt, einer Parthey Eigenthum wider ihren Willen zu verkaufen. Man erinnere sich nur der gesetzlichen Worte: “Non enim aequum est, invitum suo pretio rem vendere,,. — Also der Richter mag schätzen können oder nicht; der Kläger mag beweisen können, oder nicht; immer bleibt es der Willkür des letztern anheim gestellt, sich des Eydes der Würdigung zu bedienen. — Unbedingt und allgemein sprach oben das Gesetz: “cum contumacia punienda, arbitrio domini rei pretium statuendum, potestate petitori in litem jurandi concessa,,. — *

Sollte aber unser Raonnement nicht genügen, so nehme man Hellfellds Worte: „si aestimare non potest judex, jurat actor in litem,,; und halte sie an die ausdrücklichen Worte des Ge-

D 2

* Fr. 8. D. h. t.

setzes, „fi jurare non possit (actor in litem), judicis officio aestimandum est,,. * — Strenger als durch die gerade Inversion hätte das Gesetz die Natur eines specifisch subsidiarischen Eydes der Würderung nicht widerlegen können!

§. 21.

Ist die Eintheilung des Eydes der Würderung in den subsidiarischen und nicht subsidiarischen gegründet?

Eine zweyte Secte von Rechtslehrern behauptet die Unterscheidung des Würderungs-eydes, in den subsidiarischen und nicht subsidiarischen. — Als Freund und Anhänger dieser Secte beginnt „Herr Thibaut,, also: „Offenbar ist jener Eyd, welcher im Falle einer Arglist oder culpa lata statt findet, keine Unterart des Ergänzungseydes; noch auch kann man denselben als einen subsidiarischen betrachten. — Aber, fährt er fort: „gegen den, der geringere Verbrechen beging, muß der Schade, wo möglich, bewiesen werden; kann dieß letztere nicht geschehen, so wird der Verletzte subsidiarisch auch zum Schätzungseyde gelassen,,. ** —

* Fr. 15. §. 9. D. quod vi aut clam, — Fr. 71. D. de R. V.

** In dem schon allegirten Werke.

Ich brauche hier nur auf das einzige aufmerksam zu machen, dafs diese neue Art subsidiarischer Schätzungseyde gegen geringere Verfehen allein zulässig seyn soll; um gestützt auf das Gesetz "ex culpa autem non esse iusjurandum in litem deferendum,, mit einem Sprunge über diese Eintheilung hinweg zu seyn. — Aber was mich hier festhält, ist eine vom Herrn Thibaut allegirte Gesetzstelle, die jeden Forscher der Natur des Würderungseydes beym ersten Blike scheu machen, und bey dem Mangel einer schärferen Untersuchung nothwendig auf Abwege führen mufs. — Diese Gesetzstelle ist das bereits oben schon nach einer Seite berührte Fragmentum 5. §. 4. D. h. t., und lautet also: "Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti si promissor stichi moram fecerit, et stichus decesserit; quia iudex aestimare sine relatione iurisjurandi non potest rem, quae non extat,,. Also: "Darum soll der Eyd der Würderung zugelassen werden, weil ohne denselben der Richter die Sache nicht schätzen kann, die nicht mehr ist,,. So wie also die Sache noch existirte, dürfte oder müfste der Richter schätzen; und mit dieser Schätzung wäre der Eyd der Würderung unzulässig. —

Sind nun diese unmittelbaren und mittelbaren Bestimmungen des vorgelegten Fragmentes

nicht gerade Widersprüche mit dem im vorhergehenden Abschnitte geführten Raifonnement und mit den dort angeführten Gesetzen? Wird hier nicht der Eyd der Würderung ausdrücklich als ein Eyd subfidiarischer Natur erklärt? --

Um das Princip, von dem aus diese vorgeworfenen Widersprüche geschieden werden müssen, mit einem Blicke zu erkennen, so fasse man nur die ersten Worte dieses friedlichen Fragmentes: "*plane interdum et in actione stricti judicii*," fester ins Auge; da ergiebt sich denn sogleich, daß diese scheinbaren Widersprüche nichts anders als Folgen eines ursprünglichen Gegensatzes sind; des Gegensatzes nämlich zwischen den *actionibus bonae fidei*, und den Klagen des strengen Rechtes. -- In jenen befeelte den Richter die Maxime der Gleichheit des wechselseitigen Interesse der Parteyen. Wollte es also das gerechte Interesse des Klägers, in eigner Person zu würdern, so war der Richter bereit, demselben hierin zu willfahren. -- Für diese Klagen nur gelten auch die gesetzlichen Worte: *in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum (in litem), nec ne, constat*,. * Denn man weiß ja, was diese "*arbitrium*," hier zu bedeuten hat. -- Aber ganz anders sah es aus mit den Klagen des strengen Rechtes; hier mußte das Urtheil des

* Fr. 4. §. 2. D. h. t.

Richters gefesselt erscheinen in eine eiserne Form, und das erste Opfer dieser Form war, wie schon aus dem obigen bekannt ist, die Zulässigkeit des Interesses als Maßstab der Würderung; die Sache nur durfte geschätzt werden. — Aber nicht genug, auch diese Schätzung mußte vom Richter in den eigenen Tönen des strengen Urtheils ausgesprochen werden; und so verschwand als zweytes Opfer sogar das Recht des Klägers, selbst zu würdern! — — Widersprüche wären demnach keine vorhanden; sie wären nur möglich, wenn wir die Gegensätze des Römers nicht auseinander zu halten verstünden. Denn nur das Ineinanderfließen des Entgegengesetzten vermag erst Widersprüche zu erzeugen.

Doch wie? wenn wir uns einmal auch einzig auf Klagen des strengen Rechts beschränkten? Wäre denn wirklich in ihnen der Eyd der Würderung ein subsidiarisches Beweismittel? — Aus der Natur dieser Klagen folgte nichts weiter als dieses: konnte der Richter die Sache schätzen, so war damit das Recht des Klägers, selbst zu würdern, ausgeschlossen; und umgekehrt: nur dann durfte der Kläger würdern, wenn die Schätzung unmöglich war. — Allein hiebey wäre ja das eigentlich und unmittelbar subsidiarische nichts anders, als das

“Würderungsrecht,, und die beyden Sätze “das Recht zu würdern ist subsidiarisch,, und “der Eyd der Würderung ist subsidiarisch,, sind doch wohl keine identischen Sätze! — Weit entfernt also, den Eyd der Würderung als ein subsidiarisches Beweismittel zu erklären, müssen wir vielmehr den Grund der in ihm erscheinenden Subsidiarität darin suchen, daß ihm diese von dem Würderungsrechte, als dem Principale, mitgetheilet, und somit die subsidiarische Natur des Eydes der Würderung nichts anders sey, als der bloße Reflex der subsidiarischen Natur des Würderungsrechtes.

Indessen genug von einer Sache, die für uns keine Bedeutung mehr hat; und nur unserer Secte, und insbesondere aber dem Vertrautesten des römischen Rechts “Herrn Thibaut,, bleibt es eine unverzeihliche Schuld, wenn er, besonders auf ein Gesetz des strengen Rechtes gestützt, noch eine Eintheilung in subsidiarischen und nicht subsidiarischen Würderungseyd gestatten konnte; er, der noch überdies den nicht subsidiarischen Schätzungseyd als Genus aufgestellt hatte, in den Worten: “Es giebt gewisse Fälle, in welchen der Kläger nach eigener Wahl den Beweis durch seinen eignen Eyd führen kann. Dieser heist Schätzungseyd (*juramentum in litem*),,

Fassen wir nun diese Negationen alle zusammen, so geben sie uns den indirecten Beweis für die höchste, aber auch letzte Negation.

§. 22.

Der Eyd der Würderung ist gar kein Beweismittel.

Denn er müßte entweder purgatorischer, — oder suppletorischer, — oder, wäre es möglich, specifisch subsidiarischer Eyd seyn. Nun hat uns aber eine durchgeführte Kritik gelehrt, daß sich der Würderungseyd keiner von allen diesen Arten der beweisenden Eyde unterstellen lasse. — Indessen alle indirecten Beweise sind unfähig, über das Positive einer Behauptung nähere Aufschlüsse zu geben. Daher mag folgendes Argument die Wahrheit des wiewohl paradox klingenden Satzes “der Eyd der Würderung ist gar nicht Beweismittel,, gegen alle Zweifel rechtfertigen.

Sollte der Eyd der Würderung ein Beweismittel seyn; so müßte auch die Würderung des Klägers eines Beweises bedürfen, und deswegen der Würdernde verpflichtet seyn, einen Beweis zu führen. — Nun bedarf aber die Würderung keines Beweises. Denn sie ist ja von Seite des Klägers “bloße Ausübung seines Rechtes,, Der

Kläger muß wohl den dieses Recht begründenden Thatumstand "Ungehorsam in der Herausgabe des streitigen Objectes,, beweisen; keineswegs aber das ihm zustehende Würdungsrecht; denn die Zulässigkeit desselben ist durch die gültige Führung des genannten Beweises entschieden. Um so mehr, da es sonst der Richter seyn müßte, dem die Beurtheilung der Sache zukäme. Aber es ist ja bekannt, daß der Richter nur dann über den Werth aburtheilen dürfe, wenn Nachlässigkeit des Beklagten der Grund ist, warum er die Sache nicht mehr herausgeben kann.

Würde es daher vielleicht dadurch zum Streite über den angesetzten Preis kommen, so zwar, daß der Beklagte die Schranken des wahren Aequivalents überschritten, und sich dadurch verletzt fände, so müßte doch wohl ihm, und nicht dem Kläger der Beweis des wahren Aequivalentes aufgebürdet werden. Daher fragt schon Ulpian: "an possit iudex, qui detulit iusjurandum, non sequi id, sed prorsus absolvere vel minoris condemnare?,, -- und antwortet darauf: "Et magis est, ut ex magna causa et postea repertis probationibus possit". * -- Offenbar ist doch die Rede davon, wenn der Beklagte die Beweise findet. -- Und warum spricht doch

Ulpian nicht von vorgefundenen ^{gen} "Gesetzbe-
weisen?", --

§. 23.

**Eigentliche Natur des Eydes der
Würderung.**

Jeder Eyd erhält die ihn charakterisirende Natur 1) durch sein Object, und dann 2) durch den Zwek, welcher durch ihn realifirt werden soll.

Es bedarf nun wohl keiner tiefgreifenden Analyse, um sich zu überzeugen, das Object des Würderungseydes sey "Würderung,,. -- Faßt man nun diesen Begriff schärfer ins Auge, so wirft sich heraus, dafs man sich unter Würderung nichts anders zu denken habe, als jenen Act der Urtheilskraft, vermöge welchen sich ein Subject von der Gröfse des Preises einer Waare überzeugt. -- Demnach wäre daher die subjective Ueberzeugung des Klägers von der Gröfse des Werthes der herauszugebenden Sache das nächste Object unseres Eydes. -- Dieser Eyd ist demnach gar nicht auf den wahren und wirklichen Werth der Sache, als sein primitives und unmittelbares Object gerichtet. Diefs könnte nur dann der Fall seyn, wenn ein vom Richter zu entscheidender Streit über die Gröfse des Preises obwaltete. Denn hier kann es offenbar

auf die Ueberzeugung der Parteyen nicht ankommen. Denn gerade deswegen streiten ja beyde Theile, weil jeder von der Wahrheit seiner Behauptung überzeugt ist. Käme es also hiebey zu einem Eyde, so müßte der Richter fodern: "Kläger! beschwöre, dafs die Sache so viel werth ist,,. Daher kann auch der Eyd auf den wahren Werth nicht da zur Anwendung kommen, wo nicht dem Richter, sondern dem Kläger selbst die Schätzung überlassen seyn muß. Hier muß folglich die Eydesdelation so lauten: Kläger! beschwöre, dafs du geschätzt, das heist, dafs du dich überzeugt hast, die Sache sey ... so viel ... werth! --

Wenn nun jener Eyd, dessen primitives und unmittelbares Object "Ueberzeugung,, des Schwörenden -- Glaube -- ist, als Glaubenseyd ausgesprochen werden muß, so charakterisirt sich der Eyd der Würderung in Rücksicht seines Objectes als eine Art des Glaubenseydes (*species juramenti credulitatis*). --

Aus dieser näheren Bestimmung des Objectes des Würderungseydes fließt nun von selbst als Folge die Bestätigung, dafs der Zweck dieses Eydes nie "Beweisen,, seyn könne. Denn "Glaubenseyd ist nie Beweismittel,, ist die allge-

meine Behauptung unserer angesehensten Rechtsgelehrten. --

§. 24.

Welches ist denn aber doch der Zweck eines Glaubenseydes? -- Welches insbesondere der Zweck des Eydes der Würdigung? -- Welcher Rechtsgrund kann noch den Richter bestimmen, vom Kläger bey Ausübung seines Rechtes einen Eyd zu fodern.

Da, wo der Richter einen Glaubenseyd fordert, ist es ihm einzig darum zu thun, sich der Triebfeder einer Parthey, „ihrer bonae fidei“ wie man zu sagen pflegt, in einer gerichtlichen Handlung zu versichern. Diese Versicherung aber ist ihm dann nöthig, wenn er einer Parthey eine Handlung, das heist, die Ausübung eines Rechtes zugestehen muß, in welcher die Gegenpartey gefährdet erscheinet. -- Man erinnere sich nur der Eyde, welche Iustinian für das Beginnen eines Proceßes selbst sanctioniret hat in den Worten: „actor juret, non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando, bonam causam habere. -- Reus autem non aliter suis allegationibus utatur, nisi prius et ipse juraverit, quod putans, se bona instantia uti, ad reluctandum pervenerit“. *

* Fr. 2, C. de Jurejurando propter calumniam dando. (259)

Nun ist aber die Ausübung des Würderungsrechtes eine Handlung des Klägers, in welcher der Beklagte mehr als irgend in einer andern darin gefährdet ist, daß sein Gegner dieses Recht entweder blind, oder willkürlich, oder sogar mit Schikane auszuüben vermag. Derfelbe Grund also, welcher den Richter bestimmt, der Würderung des Klägers einen letzten Grad zu praedefiniren, der Grund nämlich „ne in immensum juretur“ — ne scilicet reus laedatur, — derselbe Grund ist es auch, der gegen die noch übrige Sphäre der Willkür aus den Worten spricht: „Deferre autem jusjurandum judicem oportet.“ *

Wenn nun jener Eyd, dessen Grund oder Zweck Sicherung der Gegenpartey gegen die Gefährde einer möglichen Schikane ist, wenn dieser Eyd sich Calumnieneyd nennet, so charakterisiret sich der Eyd der Würderung in Rücksicht seines Zweckes als eine Art der Calumnien - Eyde (species juramenti calumniae.)—

Unser Resultat spricht also die Natur des Eydes der Würderung in Betreff seines Objectes, als Glaubenseyd; in Betreff seines Zweckes als Calumnieneyd aus. Aber es ist auch schon gegen die falschen Ansichten der Rechtsgelehrten

* Fr. 4. § 1. D. h. t.

bereits angedeutet, und wohl zu bemerken; dafs Calumnien – und Glaubenseyd nichts anders als verschiedene Ansichten einer und ebenderfelben eydlichen Natur ausdrücken. Denn jeder Calumnieneyd ist rücksichtlich seines unmittelbaren Objectes nichts anders als Glaubenseyd, und umgekehrt: jeder Glaubenseyd kann rücksichtlich seines Zwekes nichts anders als Calumnieneyd seyn. --

Aus dieser Anschauung der Natur des Glaubenseydes in dem Eyde der Würderung gehet in klarer Evidenz seine völlige Sonderung von dem Gegenfatze “der Wahrheitseyde,, hervor, und aus dieser Sonderung bricht ein Lichtstrahl, der erst den Centralpunkt aller Irrthümer erhellet, die sich beynahe von den ältesten Zeiten her bis auf unsere Tage erhalten haben. -- Dieser Centralpunkt nämlich ist die Verwirrung des “Glaubens – und Wahrheits,, Eydes (jura-menti credulitatis ac veritatis). Um nun das Gesagte klar einzusehen,

§. 25.

Noch einen Rückblick.

Hellfeld hat den Eyd der Würderung als ein specifisch subsidiarisches Beweismittel erklärt. -- Warum? -- Man lese einmal seine Erklärung

über den Glaubenseyd: “Cum in juramento credulitatis jurans non veritatem, sed probabilitatem (?) tantum afferit, illud subsidiarum (?) est; et in eo solum casu admittitur, si veritatis juramentum habere nequeat,,. * —

Hier haben wir beynahe dieselben Worte für die subsidiarische Natur des Glaubenseydes, mit welchen er uns dieselbe im Eyde der Würderung lehrte. — Und da bleibt es doch in der Ordnung, wenn der Irrthum in der Gattung noch einmal wiedererscheinet in der Art! — Nun weiter:

Was mochte wohl das seyn, was diesen Rechtsgelehrten und so den größten Theil der Juristen zur Annahme eines Affectionseydes verleitete?

Dies konnte wohl nichts anders seyn, als die Ahndung, daß der Eyd der Würderung zu seinem unmittelbaren Object ein “Subjectives,, haben müsse. Allein dem flimmernden Subjectiven “der Ueberzeugung,, wufste die Einbildungskraft im leichtesten Spiele ein anderes Subjectives, “die Affection,, zu unterchieben. Und da lag er, der Würderungseyd der Affection! —

Noch

* I. M. Schneidt Jurisprudentia forensis Hellfeldiana. Tom. II. §. 1936.

Noch offener äussert sich die Vermischung eines Subjectiven mit dem andern Subjectiven in den irrigen Eintheilungen, welche von der zweyten Secte der Rechtsgelehrten angegeben werden. — In Rücksicht des Objectes des Würdigungseydes nehmen diese eine Eintheilung, „in juramentum in litem affectionis, et veritatis,, an. Nun ist ihnen „juramentum veritatis,, dasjenige, wodurch der reelle Preis beschworen wird; aber was heisst hier das „Reelle,,? Soll es den Marktpreis andeuten? Dann denken sie anders, als sie reden; denn sie müßten von einem „juramento in litem communis pretii,, sprechen. — Oder sprächen sie wirklich richtig? Sollte also „reeller Preis,, so viel als „wahrer wirklicher Preis,, heissen? Dann dürfen sie aber nicht mehr dem „juramento veritatis,, das „juramentum affectionis,, sondern einzig das „juramentum credulitatis,, entgegensetzen. —

Nicht besser steht es mit der Eintheilung in Rücksicht des Zwekes. — Ganz richtig würde hier das „juramentum in litem veritatis,, (wenn nur eines möglich wäre!) als Beweismittel, und zwar als subsidiarisches Beweismittel, erklärt. Nun kann aber der wahre Gegensatz schlechterdings nicht der „eines nicht subsidiarischen Eyd- es,, werden; eben weil alle beweisenden Eyde (generisch) subsidiarisch sind. Es bleibt da-

her kein anderes Eintheilungsglied mehr übrig, als das eines Würderungseydes, welcher gar nicht Beweismittel ist. — Und nun steht man ja am Calumnieneyde. — Allein diese Eyd-
esart soll ein für allemal vergessen bleiben; und so muß demnach der leere Platz des zweyten und wesentlichen Eintheilungsgliedes mit dem Bastarden des Affectionspreifes besetzt werden. —

So ist demnach einzig die schiefe Ansicht des Verhältnisses des Glaubens- und Wahrheitseydes der Grundirrthum, der sich nicht bloß über die Lehre der eydlichen Natur der Würderung ausbreitet, sondern sogar in die Lehre des Würderungsrechtes Unheil und Verwirrung bringt.

§. 26.

Definition des Würderungseydes.

Bey Aushebung der wesentlichsten Merkmale unseres Begriffes, kann es schlechthin nicht willkürlich seyn, von einem beliebigen Punkte auszugehen. Eben so unmöglich ist es, der gewöhnlichen Methode zu folgen, welche das primitive Merkmal (*genus proximum*) des Würderungseydes darin findet, daß es ein Eyd ist. Denn der hier vorkommende Eyd ist nach unserer ganzen Darstellung selbst nur ein Mittel für einen höheren Zweck des Richters. So gewiß demnach

nie der Zweck wegen des Mittels, sondern das Mittel wegen des Zweckes da ist, und so gewiss eine Definition, wenn sie nicht eine Nominalerklärung werden soll, eine nach allen Theilen und Folgen getreue Reconstruction der urbildlichen Anschauung ist, so gewiss muss auch die Definition des Würderungseydes von jenem Principe ausgehen, welches allen dahin einschlagenden Verhältnissen Leben und Daseyn giebt. —

Nun verdanket der Würderungseyd seine Existenz einzig dem Streben des Richters, einen erschienenen Ungehorsam in allen seinen rechtswidrigen Richtungen zu destruiren. Folglich ist „Elision des Ungehorsams,, das primitive Merkmal des Würderungseydes; und das „genus proximum,, spricht sich dahin aus: „der Würderungseyd ist ein gesetzliches Mittel für den Richter zur totalen Destruction des Ungehorsams,,.

Aber dieses generische Merkmal muss sich, da der Würderungseyd eine besondere Art der gesetzlichen Institute gegen den Ungehorsam ist, noch specificiren. — Welches ist daher, um die Sprache der älteren Logik fortzureden, die „differentia ultima,, unseres Begriffes?

Das gesetzliche Institut des Würderungseydes specificiret sich

a) hinsichtlich seines besonderen Grundes: das heisst, hinsichtlich der besonderen Art des Ungehorsams, zu dessen Elision er angeordnet ist, und diese bestehet darin, dass der Beklagte gegen die Realisirung des Rechtsgesetzes selbst tendiret, also eigentlich in dem Momente der Herausgabe des streitigen Objectes vermöge wirklicher oder präsumirter Arglist — dolo vel culpa lata — als ungehorsam erscheint. — Der Gattungsbegriff differenziret sich demnach wesentlich dahin: “Der Würderungs-eyd ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe des streitigen Objectes,,. — Dieser besondere Grund muss nun auch

b) besondere Folgen determiniren. Diese besonderen Folgen concentriren sich alle auf das allgemeine Gesetz des Schadenersatzes; das heisst: “dem verletzten Kläger muss Ersatz des Seinigen durch einen äquivalenten Preis werden. Daher ist auch diese Bestimmung in unsere Definition mit aufzunehmen, und solche dahin auszusprechen: “Der Würderungseyd ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe des streitigen Objectes, vermöge welcher der Kläger Schadenersatz erhält. —

c) Von selbst drängt sich jetzt die Frage auf, wie und wodurch dieser Schadenersatz geleistet

werde? — Nun wurde schon gezeigt, dafs die primitive charakteristische Eigenheit dieses Schadenersatzes darin bestehe, dafs dem Kläger das Recht gegeben wird, seinen durch Vorenthaltung des Objectes erlittenen Verlust selbst zu würdern; folglich begrenzet sich unser Begriff enger dahin: „Der Würderungseyd ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe des streitigen Objectes, vermöge welcher der Kläger dadurch Schadenersatz erhält, dafs ihm das Recht gestattet wird, seinen Verlust selbst zu würdern,,. Zwar sind in diesem Rechte noch interessante Merkmale, wie die des Mafsstabes, der Grenzen etc. enthalten; allein sie alle sind nur Folgenmerkmale (*notae consecutivae*), und müssen daher nach dem von den meisten der vorhandenen Definitionen übertretenen Gesetze der Praecision, ausgeschlossen bleiben. — Dagegen erhebt sich

d) als wesentliche, gesetzliche Bedingung (*conditio legalis*) der Zulässigkeit des Würdungsrechtes diese, dafs der Kläger seine Würderung, das heisst, seine Ueberzeugung von der Wahrheit des angesetzten Werthes beschwören mufs; folglich mufs auch unsere Definition das Recht zu würdern noch an die Bedingung dieses besonderen Calumnieneydes binden; und da

mufs sich denn das Ganze des Nachbildes dahin abschliessen:

“Würderungseyd ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe eines streitigen Objectes, vermöge welcher der Kläger dadurch Schadenerfatz erhält, dafs ihm unter der Bedingung der Ablegung eines eigenen Calumnieneydes das Recht gestattet wird, seinen Verlust selbst zu würdern,,. --

In dieser Gestalt erst hebt sich jenes Eigne des Würderungseydes heraus, das den Römer bewegen konnte, diese Eydesart in einen eignen Titel zu sondern.

III.

Ueber die Bedingungen der Zulässigkeit des Würderungseydes.

§. 27.

Die Bedingungen der Zulässigkeit des Würderungseydes trennen sich in zwey Arten; in positive — und negative. — Positive Bedingungen sind diejenigen, aus deren Daseyn die Nothwendigkeit der Erscheinung des Würderungseydes selbst hervorgeht; — negative dagegen sind jene, deren Daseyn zwar den Würderungseyd nicht bewirkt, deren Mangel aber dessen Zulässigkeit ausschliesset (*conditiones sine quibus non*).

§. 28.

A) Positive Bedingungen.

Alle positiven Bedingungen concentriren sich auf die einzige: „Wirklichkeit des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe des streitigen Objectes., — Nur dann, wenn

alle einzelnen wesentlichen Merkmale unserer eignen Art des Ungehorsams vorhanden sind, oder (wenn es erlaubt wäre die Sprache der Criminalisten zu reden) nur dann, wenn die Wirklichkeit des "corpus delicti,, anerkannt ist, wird erst Würderungseyd zulässig. --

Wollten wir daher die einzelnen positiven Bedingungen der Zulässigkeit des Würderungseydes aufzählen, so würden sich diese

a) aus der Analyse des Begriffes "des besondern Ungehorsams,,; sodann

b) aus der Analyse des Begriffes "der Wirklichkeit der herausgegliederten Merkmale,, ergeben. --

Der ersten Analyse kann ich mich hier füglich enthalten; aber rücksichtlich der zweyten ist es durchaus nothwendig zu bemerken, daß nur dann Wirklichkeit des Ungehorsams anerkannt werden könne, wenn es der executiven Macht des Richters unmöglich ist, die Herausgabe zu erzwingen. -- Durch die Möglichkeit der Realisirung des Urtheils auf Seite des Richters ist auch der Ungehorsam des Beklagten in der bloßen Möglichkeit gehalten, und daraus fließet der Grundsatz: "So lange dem Richter es möglich ist, seinen Spruch "Herausgabe des streitigen Objectes,, zu realisiren, so lange ist

die Anwendung des Würdigungseydes unzulässig. -- Will daher der Beklagte auch nicht gehorchen, und weigert er sich die Sache zu restituiren, der Richter aber ist von der Möglichkeit des Gehorfams überzeugt, so braucht er bloß executiv einzugreifen,,. "Qui restituere iussus, sagte der Römer, *judici non paret, contendens non posse restituere, siquidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur.* *

§. 29.

B) Negative Bedingungen.

Unter den negativen Bedingungen stellet sich

a) als erste in Rücksicht des Ungehorfams ein "die besondere Pflicht zur Herausgabe einer Sache von Seite des Beklagten,,. Ohne die Existenz dieser Pflicht ist offenbar Ungehorsam nicht denkbar. Worin sich aber diese Pflicht gründe, ob in einem dinglichen Rechte des Klägers, oder in einem Vertrage, oder auch in einer Verletzung, darauf kommt gar nichts an. Ist daher auch die Handlung, woraus die Pflicht der Restitution erwächst, ein Verbrechen, so wird darum doch der Würde-

* Fr. 68. D. de R. V. — Fr. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. (20. 1.)

rungseyd gegen den dolosen Ungehorsam des Schuldigen zugelassen. —

Diese Bemerkung schien mir insbesondere nothwendig wegen eines auffallenden Eingriffes des „Herrn Hofraths Feuerbach,, den er aus seinem peinlichen Rechte in die Lehre des Würderungseydes machte. — Da heist es einmal: „Wenn nicht Geld, sondern andere Sachen entwendet worden sind, so kann nur durch Taxation vereydeter Sachverständigen, welche den Werth der Sache nach ihrem wahren und gemeinen Preis zur Zeit der begangenen Entwendung schätzen, der Thatbestand des grossen Diebstahls zur Gewissheit gebracht werden. Eydlische Würderung des Bestohlenen, der als Beleidigter verdächtig ist, reicht keineswegs zu, weder nach Gesetzen, noch nach allgemeinen Gründen,,. *

Spricht hier „Herr Hofrath Feuerbach,, wie es auch die Gedankenreihe giebt, von der Untersuchung der Grösse des Diebstahls vor dem Criminalgerichte, so ist es ganz richtig, dafs hier Würderungseyd immer unzulässig bleibt, und zwar deswegen, weil der einzige Grund seiner Zulässigkeit, nämlich doloser Ungehorsam in der Restitution kein Moment der Be-

* Lehrbuch des peinlichen Rechts. S. 343.

trachtung des peinlichen Richters ist, und dagegen da, wo es der Untersuchung des wahren Werthes der gestohlenen Sachen gilt, ein Glaubenseyd, folglich auch eydliche Würderung an sich widersprechend ist.

Soll hingegen von der Unzulässigkeit des Würderungseydes in jenem Gerichte, das die Pflicht der Restitution aufrecht zu erhalten hat, die Sprache feyn, wohin allerdings die angegebenen Gründe sich auszubreiten scheinen, so kann ich damit nicht übereinstimmen. -- Denn

α) auf den Grund, "der Bestohlene ist verdächtig,, antworte ich: dafs der Eyd der Würderung eben dazu diene, den Verdacht abzuwaschen; und dafs es denn auch unbegreiflich feyn möchte, wie die Schwärze des höchsten Verbrechens an und für sich ihre Farbe auch dem durch das Verbrechen Verletzten mittheilen könne. -- Was aber

β) die Sage betrifft, dafs auch nach Gesetzen der Würderungseyd bey dem Diebstahle nicht zulässig befunden werde, so ist zwar für sie bemerkt, dafs die l. 9. C. "unde vi,,; nichts beweise, und auch dies gestehe ich zu; aber hier mufs sich ein Allegationsfehler eingeschlichen haben; denn es ist die l. 9. D. de in litem jurando, in der ausdrücklich zu lesen ist: "cum furti agitur, jurare ita oportet, tanti rem fuisse,

cum furtum factum fit; non adjici eo plurisve, quia, quod res pluris est, utique tantum est. — Zudem spricht dieß Gesetz, wie eine leichte Interpretation zeigen kann, de actione furti, die als eine Pönalklage auf das Vielfache tendiret, um wie vielmehr muß daher

γ) in der bey uns üblichen conditione furtiva der Würderungseyd zulässig seyn. — Dieß genüge für die Subfuntionen, die Herrn Hofrath „Feuerbachs,, criminalistifchen Thesis auch im Civilgerichte anwenden möchten! —

§. 30.

b) In Rückficht des streitigen Objectes ist es Bedingung, daßs der Preis deffelben noch unbestimmt sey; also einer Bestimmung durch Wüderrung bedürfe. Da also, wo die zu restituirende Sache von der Art ist, daßs ihr Preis ein für allemal fixiret steht, wie z. B. beym Gelde, ist der Würderungseyd keineswegs zulässig. Darum und nicht, wie man zu sagen pflegt, wegen Abgangs einer Affection, sagt Ulpian: „Nummis depositis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque, quod sua interfuit — cum certa sit nummorum aestimatio. — *

Ob aber wohl etwas auf die Erscheinungsqualitäten des Objectes,

ob es nämlich eine ruhende, fixirte Sache, oder eine Handlung ist etc., ankäme? —

Es könnte nach meinem gewöhnlichen Ausdrucke "Restitution des Objectes, der Sache,, leicht der Schein entstehen, als sey bey einem dolosen Ungehorsam "in Handlungen,, der Würderungseyd unzulässig. — Allein meine Sprache sollte bloß eine erleichternde Huldigung der Terminologie der Gesetze seyn, die sich gleichfalls des Ausdruckes „rem restituere, rem exhibere,, zu bedienen pflegen. — Dafs diese aber das Wort "rem,, in weiterem Sinne nehmen, vermöge dessen dasselbe sowohl Sachen als Handlungen bedeutet, ergiebt sich schon, wenn wir nur das so eben bemerkte Gesetz noch einmal aufgreifen. "Nummis depositis, hieße es, judicem non oportet, in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque, quod sua interfuit; nisi forte quis de eo juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse,, — Man erinnere sich noch z. B. an die Zulässigkeit des Würderungseydes gegen den in Errichtung eines Inventars nachlässigen (aber gesetzlich präsumirten dolosen) Vormund etc.; und es bleibt kein Zweifel mehr übrig, dafs auch der durch dolose Unterlassung einer Handlung bewirkter Schade Object des Würderungseydes seyn könne.

Indessen find unsere Rechtsgelehrten in Betreff der Erscheinungsformen des zu würdernden Objectes so affectioniret, dafs sie fogar eine hitzige Controverse darüber erheben konnten, "ob auch bey unbeweglichen Sachen der Würderungseyd zuzulassen fey?,, -- Das Gefetz, worüber sie sich zanken, ist Fragmentum 48. D. Locati conducti. Da ist zu lesen: "qui servum conductum vel aliam rem immobilem non restituit, quanti in litem juramentum fuerit, damnabitur,,. -- Nun will ein Theil bey unbeweglichen Sachen eydliche Würderung ein für allemal ausgeschlossen haben, und demonstiret es fogar; weil nämlich unbewegliche Sachen keine Affection dulden (?). -- Ein anderer Theil will diess nicht verständig finden, und darum giebt insbesondere "Herr Thibaut,, den Vorschlag, man müsse die Worte der Florentina "non immobilem,, wegwerfen; und diess mag auch richtig feyn. -- Wollte man sie aber doch stehen lassen, so denke man sich nur, was sich wahrscheinlich der Corruptent des Gesetzes dachte. Ihm fiel es nämlich ein, dafs die Natur schon bey unbeweglichen Gütern (größtentheils) gegen das Bedürfnis des Würderungseydes sorgte, da sie dieselben durch ihre Befestigung stets den Händen der executiven Gewalt der Justiz darbietet. --

c) In Rücksicht deffen, der zum Würderungseyde zugelassen zu werden verlangt, wird

1) im allgemeinen sowohl Würderungs- als Eydesfähigkeit erfordert. -- Deswegen bemerken noch die Gesetze ausdrücklich: "Pupillus, si impubes est, non potest jurare (in litem) -- Adolefcens vero, si velit jurare, potest,,. *

2) Insbesondere aber wird auch erfordert, dafs der Würdernde derjenige sey, der selbst die Klage auf Restitution der Sache angestellt hat. -- Also nicht ein Procurator etc. -- Deutlich spricht das Gesetz: "Vulgo praesumitur, alium in litem non debere jurare, quam dominum litis,,. ** -- Ob aber jemand als „dominus litis,, wegen eigenes Interesse, wie der Eigenthümer der zu restituirenden Sache, oder wegen einer übernommenen Pflicht, das Vermögen eines andern im Stande zu erhalten, wie Curatoren etc., erscheine, ändert nichts weiter als dies, dafs der Mafsstab für den letztern nicht sein eigenes, sondern das Interesse desjenigen werden mufs, dessen Vermögen er administriret. -- Nur das einzige Besondere bemerken die Gesetze, dafs ein Curator, vermöge seines Amtes, den Würderungseyd

* Fr. 4. pr. D. h. t.

** Fr. 7. D. h. t.

schwören dürfe, aber nicht müsse. -- Dieß alles faßet die Stelle zusammen: "Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem jurare rescriptis imperatoris nostri et d. P. ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores praestare volunt, autoritas juris non refragabitur, quin judicio, quod inter ipsos receptum est, finis ejusmodi possit adhiberi; non enim ad suam utilitatem jurisjurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cujus nomine tutelae ratio postuletur,,. *"

§. 32.

Endlich ist noch

d) In Betreff desjenigen Subjectes, gegen welches der Würderungseyd zugelassen werden soll, zu bemerken, daß dasselbe entweder selbst im dolosen Ungehorsam verfirte, oder doch die Folgen desselben wegen unmittelbarer Verbindung mit dem ersten zu tragen verpflichtet seyn müsse.

Dieß Letzte ist insbesondere bey Erben der Fall. Alle Grundfätze hierüber reduzieren sich auf folgendes:

War auch der Erblasser im Ungehorsame befangen, gegen ihn selbst aber hatte der Streit

* Fr. 4. D. h. t.

noch nicht begonnen, so ist gegen die Erben der Würdigungseyd unzulässig. — Schon nach den Worten des Gesetzes „*alio jure est tutor; alio heres ejus, tutor enim inventarium, coeteraque instrumenta si non proferat, jusjurandum in litem ad se potest admittere, at enim heres ejus ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat;*“ * da fodert also das Gesetz noch eignen Ungehorsam des Erben.

Ist aber der Streit schon anhängig, so fragt sich weiter: Reicht es schon zu, wenn noch über die Pflicht, eine Sache herauszugeben, verfahren wird; oder ist es noch überdies Bedingung, daß bereits des Erblassers Arglist vor Gericht zur Rede gebracht worden sey?

Man sagt allgemein „*lite a defuncto contestata juratur adversus heredes in litem*“; aber meines Erachtens ist es auch nothwendig, daß der Richter wenigstens die Beschuldigung des Ungehorsames bereits acceptiret habe. Ich gründe diesen Satz vorzüglich:

a) auf das Fragmentum 20. D. de accusatibus, wo es heist: „*Ex (omnibus non publicis) delictis poena incipere ab herede ita tamen potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non sit condemnatio secuta*“ — — und noch entscheidender spricht für unsere Behauptung.

* Fr. 4. C. h. t.

β) die Final-Verordnung des Codex „Licet adversus heredes ob non factum inventarium jusjurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, judicem tamen datum, vel ut ex dolo tutoris aliis indiciis *instructum* adversus eos ferre sententiam convenit.“ *

Ich enthalte mich daher aller ferneren Zergliederungen dieser sowohl, als einiger anderen Neben-Bedingungen; denn sie alle müssen von selbst unverdorben entkeimen; hat sich im Ganzen ein unverdorbenes Urprincip gereget; nur auf dieses war daher vorzüglich mein Auge gerichtet; und für dieses wage ich noch

§. 33.

Zum Schlusse

Eine Betrachtung über das Verhältniß des Zenonianischen- und des Würderungseydes.

Dafs der zenonianische Eyd eine Art des Würderungseydes seyn müsse, scheint als positiver Glaubensartikel niedergeleget zu seyn. Indessen konnte sich dieser Glaube doch nur in einer Anschauung, des als richtig vorausgesetzten Begriffes des Würderungseydes in dem zenonianischen Eyde gründen; und da sich jener Begriff nach unserer Darstellung wesentlich umstaltete, so

* Fr. 5. C. h. t.

könnte wenigstens, auch bey einer anscheinenden Idendität eine wesentliche Differenz beyde Eydesarten trennen. Ueber die Wirklichkeit dieser Trennung mag eine Parallele entscheiden! --

Das Grundgesetz des zenonianischen Eydschwures drüket sich also aus:

“Si quando vis in judicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit singula comprobare, taxatione a judice facta pro personarum atque negotii qualitate, Sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec liceat ei, ultra taxationem a judice factam jurare, et quod hujusmodi jurejurando fuerit declaratum, judicem condemnare oportet,, * --

Beym ersten Ueberblike dieses Gesetzes überraschet uns eine schimmernde Idendität seines charakterisirten Eydes mit dem Würderungseyde. In beyden ist das Object „eine Schätzung des erlittenen Verlustes“; in beyden das schwörende Subject „der Kläger“; in beyden die Eydesdeposition vom „Richter,, geschehen, also beyde nothwendige -- Schätzungseyde,,! --

Allein man reflektire nur schärfer in die Eigenheiten des Würderungseydes, und sehe,

Fr. 9. C. unde vi.

ob auch diese noch im zenonianischen Eyde sich finden:

a) Das Object des Würderungseydes war freylich eine Schätzung; aber sie war eine dem Gutdünken des Klägers überlassene Schätzung, und gerade in der eigenen Ungebundenheit des Klägers in der Würderung ruhte das Wesen des Würderungseydes. — Aber schon die Worte des Grundgesetzes des zenonianischen Schwures „*Taxatione a iudice facta (actor) aestimationem rerum sacramento manifestet*“, die noch oben darauf beygefügte Beschränkung „*nec liceat ei, ultra taxationem a iudice factam jurare*“ verrathen den gerade entgegengesetzten Geist eines juramenti in litem. — Untersuchen wir aber, um darüber ganz gewiss zu werden

b) die Natur — den Zweck — des zenonianischen Eydschwures. — Deutlich sprechen die Bestimmungen „*Si non potuerit, qui vim sustinuit, singula quae perdidit, comprobare, taxatione a iudice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet*“ deutlich sage ich, sprechen diese Bestimmungen einen Eid aus, der als Beweis-Mittel dient. — Der Kläger soll beweisen, was er verloren hat; er kann dies nicht; der Richter nimmt also einen Verlust an, der ihm aus den angegebenen Thatumständen wahrscheinlich ist, und weil ihm — dem Richter — dieser Verlust wahrscheinlich ist, läßt er den Beweisführer zum Eyde. — Aber — wird auch der Würderungseyd dann zugelassen, wenn der Kläger nicht erweisen kann, was der Beklagte restituiren

müsse? Und kann auch der Würderungeyd als subsidiarisches Beweismittel erscheinen? -- Doch klärer hebt es sich noch heraus, wohin denn zunächst beyde Eydesarten als Mittel führen, wenn wir

c) auf die verschiedenen Stufen des richterlichen Verfahrens reflektiren, in denen jede derselben ausschließig zugelassen werden kann. Die Stufe des zenonianischen Eydes beschreibt uns gleich der Eingang seines Gesetzes also: „Si quando . . . supra damno dato . . . quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, singula comprobare“. Also da, wo dieser Eyd statt finden soll, steht der Prozeß im Momente des Beweisverfahrens; die Tendenz des Eydes ist folglich „Beweis“! und durch den Beweis „Herbeyführung der Entscheidung des *Streites*“! -- -- Wie ganz anders steht es dagegen, wenn der Kläger zum Würderungseyde gelassen zu werden verlangt! Hier muß der Kläger auf den eignen Grund sich stützen: „der Beklagte könne vermöge seiner Arglist, oder was dasselbe ist, wolle seiner Pflicht, die Streitfache herauszugeben, nicht Folge leisten“. Nun läßt sich auf diesen Grund nur dann eine Foderung stützen, wenn die Pflicht der Restitution dem Richter schon gewiß, und sogar das Mein und Dein der beyden Parteyen schon geschieden ist; könnte folglich der Würderungseyd auch noch zur Entscheidung des *Streites* dienen? -- -- --

Mit diesen Bemerkungen sind wir endlich

d) zum letzten und höchsten der Gegensätze des zenonianischen und des Würderungseydes

getrieben; zu dem Gegenfatze nämlich: „dafs beyde Eydesarten als Ausflüsse heterogener Thätigkeiten des Richters, felbft durchaus heterogener Natur feyn müffen“! Denn fehr richtig bemerket „Herr Hofrath Gönner“: „Nach Entscheidung eines Streites hat der Streit ein Ende; und nun ift mehr die vollziehende, als die richterliche Gewalt in Thätigkeit; * umgekehrt muß aber auch da, wo die Entscheidung noch im Streite fehwebet, mehr die richterliche als die executive Gewalt in Thätigkeit erfcheinen. Nun ift im Falle des zenonianifchen Eydes der Richter blofs mit der Unterfuchung der Wahrheit der Gröfse eines erlittenen Schadens befchäftigt; Zenos Schwur ift alfo offenbar nichts anders, als eine von der richterlichen Thätigkeit dem Beweifeführer ertheilte Krücke, an welcher diefer die Wahrfcheinlichkeit feiner Behauptungen zur Wahrheit ftützen kann. — — Dagegen zeigt fich der Würderungseyd in den Händen der executiven Gewalt des Richters als ein Zauberftab, in deffen Kraft es liegt, durch argliftigen Ungehorfam deftruirte Rechtsverhältniffe in neue Formen zu fchaffen: In Formen, welche hier den Ungehorfam zur unausweichlichen Folge fpannen; — und dort des Berechtigten Willkür in das zarte Gefetz eines höheren Sinnes binden. — —

* Handbuch des gemeinen Proceffes. B. 1. Abhandl. 21. Vom Ungehorfame der Parteyen. S. 473. —



Drummer, Leonhard,

Theorie des Würderungseydes Eine gekrönte Preisschrift

Bamberg ; Würzburg 1806

J.rom.m. 165 m

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566608-6